This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUN 14 1909

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1839.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

J. M. F. Birnbaum
in Utrecht,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

A. W. Heffter
in Berlin,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1839.

Digitized by Google

JUN 14 1909

Digitized by Google

Inhalt.

I. Ueber die Zulässigkeit des Beweises der Einrede der Wahrheit einer Beschuldigung und den Einfluß auf das Strafurtheil. Von Mittermaier. S. 1

II. Beiträge zur Lehre von dem Verbrechen der Fälschung, insbesondere über falsche Wagen, veranlaßt durch einen Rechtsfall, von Birnbaum. (Beschluß von Nr. XIX. Jahrg. 1838. Heft 4.) — 53

III. Der Entwurf des Criminalgesetzbuchs für das Königreich Hannover und die Verhandlungen über denselben in 2ter Cammer. Von Herrn Dr. Freudentheil in Stade. (Fortsetzung von Nr. XXV. des 4ten Hefts Jahrg. 1838.) — 88

IV. Beiträge zur Erörterung criminalistischer Fragen. Von Herrn Dr. Gustav Geib, Professor in Zürich. (Beschluß von Nr. XXIV. des 4. Hefts Jahrg. 1838.) — 118

Digitized by Google

V. Einige Worte über die fortdauernde Gültigkeit des Verbotes des Art. 22. der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V. Von H. A. Zachariä. S. 132

VI. Beiträge zur Lehre von den Gerichtsständen in peinlichen Sachen. Von Abegg. — 142

Digitized by Google

Inhalt.

VII. Ueber die relativ unbestimmten Strafgesetze in den neuesten Strafgesetzbüchern und die richtige Ausmessung der darin befindlichen Strafen. Von Mittermaier. S. 161

VIII. Das Gesetz des Kantons St. Gallen vom 24. November 1838 in Bezug auf die Strafarten, mit Bemerkungen von Mittermaier. — 185

IX. Erläuterung wichtiger Rechtsfragen durch merkwürdige Criminalfälle. Von Hrn. Dr. Ludwig von Jagemann, großherzogl. badischem Amtmanne zu Heidelberg — 200

X. Uebersicht der landständischen Verhandlungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Würtemberg. Von Herrn Gustav Hohbach, Oberjustizrath in Ellwangen. (Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XXIII. des vorigen Bandes.) — 221

XI. Die Begriffsverschiedenheit der römischen und deutschen Injurie. Von Hefftter. — 237

XII. Erörterung der Lehre von der Begünstigung von Verbrechen unter Berücksichtigung des würtembergischen und badischen Strafgesetz-Entwurfs, so wie des unterdessen erschienenen k. sächsischen Strafgesetzes. Von Hrn. Hofgerichtsrath A. Sander in Rastatt. (Beschluß der Abhandlung XVII. im 3ten Stück 1838.) — 248

Digitized by Google

XIII. Beiträge zur richtigen Beurtheilung der Fälle des Versuchs je nach der Verschiedenheit der Verbrechen und je nachdem der Urheber ein physischer oder ein intellectueller ist, mit beständiger Rücksicht auf Prof. Dr. Heinrich Luden's Schrift über diese Materie. Von Herrn Oberjustizrath von Zirkler in Tübingen. S. 276

XIV. Noch einige Bemerkungen über die Original-Ausgabe von J. Gobler's Uebersetzung der Peinlichen Gerichts-Ordnung. Von Abegg. — 299

XV. Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften:

1) Lehrbuch des gemeinen Criminalprozesses mit besonderer Berücksichtigung des preußischen Rechts. Von Abegg. Königsberg 1833.

2) Grundlinien des gemeinen deutschen Criminalprozesses. Von Dr. Zachariä. Göttingen 1837.

3) Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprozesses. Von Dr. Müller. Braunschweig 1837.

4) Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. Von E. Heuke. IVter Theil. Berlin 1838.

5) Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde. Von Dr. von Jagemann. Frankfurt 1838.

6) Commentar über die wichtigeren Paragraphen der Preußischen Criminalordnung. Von Dr. Teine. Berlin 1838. — 306

Digitized by Google

Inhalt.

XVI. Ueber den neuesten Zustand der Strafgesetzgebung, mit besonderer Rücksicht auf das neue Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Weimar, so wie die Entwürfe von Strafgesetzbüchern für England, für Indien, für Neuseeland, für das Großherzogthum Baden, für das Großherzogthum Hessen, für den Kanton Bern und Kanton Thurgau. Von Mittermaier. S. 325

XXII. Die Ausübung der Gesetzgebungsgewalt unter Theilnahme von Ständeversammlungen und insbesondere die Verhandlungen der Württ. Kammer der Abgeordneten über das Königlich Württembergische Strafgesetzbuch. Von Wächter. — 345

XVIII. Ueber die Lossprechung von der Instanz. Von H. A. Zachariä. — 371

XXI. Erörterung der Lehre von der Begünstigung der Verbrechen unter Berücksichtigung des würtembergischen und badischen Strafgesetz-Entwurfs, so wie des unterdessen erschienenen k. sächsischen Strafgesetzes. Von Herrn Hofgerichtsrath A. Sander in Rastatt. (Beschluß des Aufsatzes Nr. XII. im vorigen Hefte.) — 396

Digitized by Google

XX. In wie fern rechtfertigt sich eine von dem Strafrechte getrennte wissenschaftliche Darstellung des strafrechtlichen Verfahrens? Von Abegg. S. 418

XXI. Beiträge zur richtigen Beurtheilung der Fälle des Versuchs je nach der Verschiedenheit der Verbrechen und je nachdem der Urheber ein physischer oder intellectueller ist, mit beständiger Rücksicht auf Prof. Dr. Heinrich Luden's Schrift über diese Materie. Von Herrn Oberjustizrath von Birkler zu Tübingen. (Beschluß von Nr. XIII. im vorigen Stücke.) — 434

XXII. Ueber die Statthaftigkeit der gerichtlichen Verhaftung wegen Besorgniß der Collusionen. Von dem Großherzoglich Hessischen Criminalrichter Friedrich Noellner zu Gießen. — 458

Digitized by Google

Inhalt.

XXIII. Das Großh. Mecklenburgische Gesetz vom 4. Januar 1839 über Bestrafung des Diebstahls; dargestellt mit Anmerkungen von Mittermaier. S. 481

XXIV. In wie fern rechtfertigt sich eine von dem Strafrechte getrennte wissenschaftliche Darstellung des strafrechtlichen Verfahrens? Von Abegg. (Beschluß von Nr. XX. im vorigen Stücke.) — 507

XXV. Ueber die Statthaftigkeit der gerichtlichen Verhaftung wegen Besorgniß vor Collusionen. Von dem Großherzoglich Hessischen Criminalrichter Friedrich Noellner zu Gießen. (Beschluß des Aufsatzes Nr. XXII. im vorigen Stücke.) — 524

XXVI. Ueber den neuesten Zustand der Strafgesetzgebung, mit besonderer Rücksicht auf die neuesten Entwürfe, insbesondere für das Großherzogthum Hessen, für den Kanton Bern und Kanton Thurgau. Von Mittermaier. (Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XVI. im vorigen Stücke.) — 547

Digitized by Google

XXVII. Beiträge zur Lehre vom ſ. g. zuſammengeſetzten Beweiſe, mit beſonderer Berückſichtigung des Reichs-Abſchieds von 1594, als Nachtrag zu dem Abegg'ſchen Aufſatze. Von Herrn Dr. Müller, ordentlichem Profeſſor des Rechts zu Gießen. S. 575

XXVIII. Merkwürdiger Rechtsfall. Nothzucht und Raubverſuch. Unterſuchung über den Leumund der Benöthigten. Entſchuldigung durch angebliches Geſchlechtsunvermögen. Dargeſtellt von Herrn Amtmann Dr. von Jagemann in Heidelberg. — 602

Digitized by Google

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

J. M. F. Birnbaum
in Utrecht,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

A. W. Heffter
in Berlin,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1839.
Erstes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1839.

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1839. Erstes Stück.

I.

Ueber die Zulässigkeit des Beweises der Einrede der Wahrheit einer Beschuldigung und den Einfluß auf das Strafurtheil.

Von

Mittermaier.

§. I.

Allgemeine Gesichtspunkte, welche den Gesetzgeber und Richter in dieser Lehre leiten müssen. Ausbildung der verschiedenen Ansichten im gemeinen Rechte und in den neuen Gesetzgebungen.

Es ist eine Hauptpflicht des Gesetzgebers, keine Handlung zu einem Verbrechen zu machen, welche nicht die allgemeine Stimme aller Verständigen als strafbar bezeichnet, und durch sein Streben, alle den Interessen des Staats oder der Einzelnen schädliche Handlungen zu bestrafen, nicht andere öffentliche Interessen zu gefährden. Die Weisheit

Digitized by Google

des Gesetzgebers bewährt sich darin, daß er bei der Erlassung von Strafgesetzen die verschiedenen oft collidirenden Interessen abwäge, und prüfe, welches Interesse das vorwaltende ist, das ihn zunächst bestimmen muß. Die Wahrheit dieser Ansicht zeigt sich auch bei der Gesetzgebung über Ehrenkränkungen und Verläumdungen*). Auf einer Seite leitet den Gesetzgeber das Interesse, die Ehre der Bürger gegen falsche Beschuldigungen und Beschimpfungen, selbst gegen jene Klatscherei zu beschützen, welche die Familienverhältnisse und die innersten Geheimnisse des Privatlebens unbarmherzig dem Publicum Preis giebt, und entweder aus bösen Absichten handelt, oder aus Muthwillen oder Plauderhaftigkeit durch Verbreitung gewisser Thatsachen große Nachtheile für den Geschmäheten herbeiführen, die zartesten Familienbande und das Lebensglück einer Person zerstören kann. Auf der andern Seite hat der Gesetzgeber aber auch ein wichtiges Interesse, die Wahrheit, und das Recht der Bürger auf freie Aeußerung derselben zu schützen, weil sonst der Gesetzgeber die Immoralität in Schutz nimmt, und dem Schändlichen zusichert, daß er unter dem Deckmantel des Geheimnisses die Früchte seines Unrechts genießen könne, weil sonst, wenn die Wahrheit nicht mehr geäußert werden darf, das Volk irre wird an der Gerechtigkeit und der Moralität der Strafgesetze, wenn es denjenigen als Verläumder bestrafen sieht, der nur eine allgemein bekannte Wahrheit aussprach, weil sonst viele bürgerliche und gesellige Verhältnisse stocken würden, wenn Jeder, der um eine Thatsache befragt wird, deren Verbreitung einem Andern unangenehm seyn könnte, zur Lüge oder zu einem albernen Schweigen verurtheilt wäre. Die bürgerliche Gesellschaft selbst hat in vielen Verhältnissen ein Interesse, daß nicht

*) v. Kettenacker, das Verbrechen der Ehrenkränkung. Mannheim 1839. S. 9.

Digitized by Google

ein Unwürdiger, weil Niemand es wagen darf, ihm die Schändlichkeit vorzuwerfen, einen Einfluß auf öffentliche Angelegenheiten erlange. Alles kommt nun auf eine Abwägung an, in wiefern das erste oder das zweite Interesse als das wichtigere entscheiden müsse. Die Vergleichung der Geschichte der Gesetzgebungen in dieser Lehre weist die höchste Verschiedenheit der Ansichten nach. Es erklärt sich dies leicht aus den verschiedenen Verhältnissen, unter deren Herrschaft in verschiedenen Zeiten die Gesetze zu Stande kommen. Es ist begreiflich, daß die Gesetzgebung eines Staates, in welcher die bürgerliche Freiheit sehr beschränkt ist, oder wo der Despotismus der Machthaber ängstlich vor jeder Aeußerung der Wahrheit zurückbebt, auch die Zulässigkeit der Einrede der Wahrheit einschränken wird; allein man würde Unrecht haben, wenn man daraus, daß ein Gesetz eine solche Einschränkung enthält, auf den Einfluß der eben bezeichneten politischen Verhältnisse schließen wollte; denn auch aus den besten Absichten kann eine Gesetzgebung zur Beschränkung der Einrede gelangen, wenn sie entweder nach den Eigenthümlichkeiten des Volkes von einer unbeschränkten Freiheit, Beschuldigungen auszusprechen, zu große Nachtheile für die öffentliche Ordnung besorgt, z. B. weil zu häufig Selbsthülfe geübt werden würde, oder überhaupt den Gefahren des Mißbrauchs in übertriebener Angst durch die Verbannung der Einrede der Wahrheit vorbeugen will, oder durch eine gewisse mystische Rücksicht geleitet wird, welche es für lieblos und unmoralisch erkennt, wenn man die Schwächen und Fehler der Nebenmenschen Anderen mittheilt und nicht vielmehr mit dem Mantel der Nachsicht bedeckt. — Es ist bekannt, daß im römischen Rechte die Juristen [1]) dem

1) L. 18. D. de injur. Eum qui nocentem infamavit non esse bonum, aequum, ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire.

Digitized by Google

Grundsatze huldigten, daß der Beweis der Wahrheit der Beschuldigung die Strafbarkeit aufhebe, und nur soviel läßt sich aus der Constitution von Constantin schließen [2]), daß da, wo Jemand eine Schmähschrift verbreitet hatte, der Urheber durch den Beweis der Wahrheit nicht von aller Strafe sich losmachen konnte, weil der Kaiser davon ausging, daß da, wo der Urheber der Schmähschrift eine strafbare Handlung von dem Geschmähten kannte, er gegen ihn Anklage stellen und nicht den Weg der außergerichtlichen Schmähung wählen sollte. Daß der Beweis der Wahrheit der Beschuldigung den wegen Injurien Beklagten von der Strafe frei machen konnte, ergiebt sich auch aus L. 5. Cod. de injur. [3]). Es ist für den Zweck der vorliegenden Abhandlung unnöthig, alle Hülfsmittel der Exegese anzuwenden, um zu untersuchen, ob die Römer die in der L. 18. aufgestellte Ansicht nur auf mündliche Injurien bezogen, z. B. daß bei den schriftlichen Ehrenkränkungen der Beweis der Wahrheit nicht zugelassen wurde [4]), oder ob der in der L. 18. vorkommende Ausdruck: peccata, in einer engern Bedeutung zu nehmen ist, ob nicht insbesondere wegen des Nachsatzes der L. 18. unterschieden werden müsse [5]), ob an der Verbreitung einer Beschuldigung die bürgerliche Gesellschaft ein Interesse habe oder nicht, so daß nur im ersten Falle der Beweis der Wahrheit zulässig wäre, weil das Gesetz auf dies Interesse an der Verbreitung der Beschuldigung hindeute. Merk-

---

2) L. 1. Cod. Theod. de famos. libell.

3) L. 5. Cod. de injuriis. Si non convicii consilio te aliquid injuriosum dixisse probare potes, fides veri calumnia te defendit.

4) S. darüber Chassan Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse. Paris 1837. Vol. I. p. 322. Vol. II. p. 427.

5) S. daher Voet ad Pandect. lib. 47. Tit. 10. Nr. 9.

Digitized by Google

würdig ist es, daß schon früh in die Praxis des Mittelalters die Auslegung des römischen Rechts überging [6]), nach welcher man den Beweis der Wahrheit als Befreiungsgrund von der Strafe der Injurie betrachtete. In der Praxis des 16ten Jahrhunderts waren schon die Ansichten getheilt. Clarus [7]) war im Allgemeinen der Zulässigkeit des Beweises der Wahrheit günstig; zwar will er schon darauf Rücksicht nehmen, ob ein Interesse des Staats vorliege, daß die Handlung, welche dem Geschmähten vorgeworfen wurde, bekannt werde; und nur wenn dies der Fall ist, will er keine Strafe eintreten lassen; allein aus den von ihm gewählten Beispielen der Injurien, in denen er keine Beweisführung zuläßt [8]), sieht man, daß nur da, wo eine Injurie in der Form liegt, der Beweis der Wahrheit ausgeschlossen werden soll. Es scheint auch, daß die Ansichten der Canonisten, welche im Geiste des Christenthums in der Verbreitung der Schwächen und Vergehen Anderer etwas Liebloses und Unchristliches finden wollten, der Zulässigkeit der Einrede der Wahrheit ungünstig waren [9]). Aehnliche Ansichten, wie Clarus sie aufgestellt hatte, finden sich auch in Gail [10]). Am entschiedensten aber vertheidigte der holländische Jurist

6) Der wichtigste Beweis findet sich in dem Stadtrechte (von 1188) der Stadt Augustae Praetoriae in Italien [abgedruckt in Moument. histor. patriae (Aug. Taurinor. 1838) Vol. 2. p. 37.], wo es heißt: Si aliquis aliquem appellaverit seu vocaverit pro malo proditorem vel furem vel latronem et illud non probaverit vel probare poterit, solvat pro bampro 60 solidos. Eine ähnliche Vorschrift über den Beweis der Wahrheit ist in der Carta di Logic. cap. 44. Le Costituzioni di Eleonora Giudicessa d'Arbarla. Carta di Logic. Roma 1805. p. 57.

7) Clarus sent. V. §. injuria (p. 120.).

8) Z. B. wenn Jemand den Andern blind oder hinkend schilt.

9) Chassan l. c. p. 433.

10) Gail observ. pract. lib. II. observ. 99.

Digitized by Google

Mathäi [11]) die unbedingte Anwendung der L. 18. D. de injuriis mit Widerlegung der Ansichten der Gegner. Dagegen hatte ein ausgezeichneter französischer Jurist, Argentré [12]), gegen die Zulässigkeit der Einrede der Wahrheit sich erklärt, und sich darauf berufen, daß bei uns die Anzeige von Vergehen, die Jemand von dem Andern wisse, so leicht wäre, und daß Niemand entschuldigt werden könne, welcher statt des ehrlichen Weges der Anzeige der Vergehen bei Gericht den weibischen und unwürdigen Weg heimlicher Verbreitung wählte. In ähnlicher Weise erklärte sich auch Carpzov [13]) gegen die Zulässigkeit der Beweisführung, indem er den Gesichtspunkt hervorhob, daß es bei der Injurie mehr auf die Absicht der Ehrenkränkung ankomme, und daß derjenige keine Entschuldigung verdiene, welcher, wenn er auch die Wahrheit der Schmähung beweisen könne, durch seine schlechte Absicht dem Andern zu schaden sich leiten läßt. — Bei diesem Schwanken der Ansichten [14]) ist es begreiflich, daß auch im deutschen Gerichtsgebrauche keine Festigkeit zu finden ist. Das baierische Criminalgesetzbuch von 1750 [15]), das am reinsten der Praxis seiner Zeit sich anschloß, stellt den Satz auf, daß man durch die Wahrheit des angeschuldigten Lasters nicht entschuldigt werde, weil bei der Injurie nicht soviel auf die vorgeworfene That, als auf die Schmähsucht ankomme; als Ausnahme wird nur zugelas-

11) In seinem Commentar. ad lib. 47. 48. de crimin. ad lib. XLVII. Tit. 4. Nr. 8.

12) In seinem trefflichen Commentar. ad consuetud. britonum ad Art. 627. Nr. 5.

13) Praxis rerum criminal. Pars II. Qu. 96. Nr. 73 — 77. S. über die verschiedenen Ansichten auch Wächter Lehrbuch des Strafrechts Th. II. S. 85.

14) Chassan Traité Vol. II. p. 428 — 431.

15) Codex Maxim. bavaric. criminal. Theil IV. Cap. 17. §. 4. Nr. 3.

Digitized by Google

sen, wenn die Beschuldigung auf ein auf Leib und Leben gehendes Verbrechen geht und bei der gehörigen Obrigkeit gebührend angezeigt wird [16]). In dem preußischen Landrechte herrscht gleichfalls noch die strenge Ansicht vor, so daß die Wahrheit des Vorwurfs die gesetzliche Vermuthung des Vorsatzes der Ehrenkränkung nicht aufheben, und der, welcher einem Mitbürger ein Verbrechen vorwirft, nicht blos die Wahrheit bescheinigen, sondern auch die Abwesenheit des Vorsatzes zu beleidigen nachweisen muß. Nach einer Verordnung von 1798 [17]) wird selbst da, wo der Beweis geliefert wird, dieser Umstand nur als Milderungsgrund betrachtet. Einen entschiedenen Einfluß auf die Ausbildung einer mildern mehr dem römischen Rechte entsprechende Ansicht hatte Weber [18]), der sehr kräftig für das Recht, Wahrheit zu sagen, sich erklärte und die Meinungen Anderer widerlegte. In neuerer Zeit wird die Zahl der Schriftsteller, welche die Einrede der Wahrheit zulassen, um durch den Beweis derselben den Injurianten von Strafe zu befreien, immer größer [19]); doch ist die gewöhnlich beigefügte Ausnahme die: daß dann der Beweis nicht von Strafe befreie, wenn die Injurie in der Form lag. Diese Ansichten gingen auch in die deutschen Gesetzbücher und Entwürfe über. Das baierische Gesetzbuch enthielt keine besondere Vorschrift über die Frage; dagegen erkennt das oldenburgische Gesetzbuch [20]) schon bestimmt an, daß, wenn der Inhalt der Beschuldigung

16) Theil II. Tit. 20. §. 548—550.

17) vom 30. Dec. 1798. Abschnitt IV. s. Mannkopf preußisches Strafrecht (Berlin 1838.) S. 283.

18) Weber über Injurien I. S. 171—190.

19) Feuerbach Lehrbuch §. 289. Tittmann Handbuch II. S. 218. Martin Lehrbuch S. 394. Heffter Lehrbuch S. 328. Bauer Lehrbuch §. 210. Abegg Lehrbuch S. 409.

20) Oldenburg. Strafgesetzbuch §. 412.

Digitized by Google

allein ehrenkränkend ist, der Beschuldigte mit der Einrede der Wahrheit gehört werden soll, nicht aber, wenn der Beschuldigte nach persönlichen Verhältnissen zu der Aeußerung überall nicht oder nicht an dem Orte oder zu der Zeit oder nicht in der Art des Ausdrucks oder der Bekanntmachung, deren er sich bediente, berechtigt war, oder wenn sonst die Ehrenkränkung in der Form lag. — In den baierischen Entwürfen von 1822, 1827 und 1831 ist die Einrede der Wahrheit als zulässig erklärt; zwar ist sie in dem Entwurfe von 1822 [21]) noch sehr eingeschränkt; in den späteren Entwürfen ist die oldenburgische Vorschrift aufgenommen [22]). Nach dem hannoverischen Entwurfe [22a]) wird der Einrede der Wahrheit kein Einfluß, die Strafe aufzuheben, beigelegt, wenn der Beleidiger die Aeußerung unbefugter Weise und um dem Andern zu schaden sich erlaubte, oder wenn das Ehrenkränkende schon in der Form lag. Aehnliche Vorschriften finden sich auch in den neuen Strafgesetzbüchern von Zürich [23]) und Luzern [23a]). In dem Entwurfe des Strafgesetzbuchs für das Großher-

---

21) Nach Art. 277. muß der Beweis der Beschuldigung schon vorher hergestellt gewesen seyn, und zwar nur aus gerichtlichen rechtskräftigen Urtheilen oder aus Entscheidungen anderer öffentlichen Behörden, keineswegs aber weder durch das Erbieten zur Beweisführung, noch Berufung auf Offenkundigkeit oder Zeitungen.

22) Baier. Entwurf von 1827. Art. 244. Entwurf von 1831. Art. 278. In den Fällen, wo nach dem oldenburg. Gesetzbuche Strafe gedroht ist, tritt doch nach dem baierischen Entwurfe geminderte Strafe ein.

22a) Hannov. Entwurf §. 269.

23) Züricher Gesetzbuch §. 196. Darnach leidet Jemand, der einem Andern seiner Ehre nachtheilige Thatsachen vorwirft, gesetzt auch, sie seyen wahr, Strafe der Beschimpfung, wenn es sich zeigt, daß es geschah, um den Andern zu beschimpfen oder zu kränken.

23a) Luzerner Gesetzbuch Art. 84, der die Bestimmungen des Oldenburgischen Gesetzbuchs aufnimmt.

Digitized by Google

zogthum Heſſen [24]) wird der Beweis der Wahrheit als Aufhebungsgrund der Strafe der Verläumdung erklärt, dagegen ſoll die Strafe der Beleidigung nur unter beſonderen Bedingungen wegfallen. In dem von beiden Kammern angenommenen Entwurfe des Strafgeſetzbuchs für Würtemberg [25]) wird erklärt, daß das Vorbringen einer wahren Thatſache, wenn ſie vollkommen erwieſen iſt, nicht als Verläumdung anzuſehen iſt, daß jedoch die geſetzliche Strafe der Ehrenkränkung — aber in verringertem Maaße — eintrete, wenn das Vorbringen nach Art des Ausdrucks oder der Bekanntmachung nach Zeit oder Ort ehrenkränkend war. Auf die nämliche Weiſe äußert ſich das königl. ſächſiſche Strafgeſetzbuch [26]), nimmt aber noch an, daß auch in Fällen, wo Strafe eintritt, die exceptio veritatis eine ſtrafmildernde Kraft habe [27]). Im Großherzogthum Baden erklärt das noch geltende Geſetz [28]), daß der Beweis der Wahrheit die Verläumdung aufhebe, die Strafe der Ehrenkränkung aber nur in ſofern die Beleidigung in dem Inhalt und nicht in der Form liegt; bei Preßvergehen [29]) wird aber dem Beweiſe der Wahrheit dieſe Kraft nicht beigelegt, ſo daß auch bei Verbrei-

24) Heſſiſcher Entwurf (von 1838) Art. 283. Die Strafe der Beleidigung wird nämlich durch den Beweis nicht ausgeſchloſſen, 1) wenn die Beſchuldigung in einem durch den Druck verbreiteten Aufſatze enthalten war, oder 2) wenn dies zwar nicht der Fall war, aber die Beſchuldigung in einer ſolchen Form oder unter ſolchen Umſtänden vorgebracht wurde, welche die Abſicht, den Beſchuldigten zugleich zu beleidigen, zu erkennen geben.

25) Würtemberg. Entwurf (nach den Beſchlüſſen der Kammern) Art. 272.

26) Sächſ. Geſetzbuch Art. 196.

27) Art. 201. und dazu Günther in ſeiner Ausgabe: die neuen Criminalgeſetze S. 114.

28) Ueber die Ehrenkränkungen, vom 31. December 1831. Art. 7.

29) Art. 8.

Digitized by Google

tung der wahren Thatsache Strafe der Ehrenkränkung eintritt, ausgenommen, wenn die verbreitete Thatsache Zucht- oder Correctionshausstrafe zur Folge haben müßte, oder wenn der Beschuldigte zur öffentlichen Bekanntmachung ein bestimmtes privatrechtliches oder ein staatsbürgerliches Interesse hatte. In dem badischen Entwurfe des Strafgesetzbuchs [30]) sind diese Vorschriften im Wesentlichen wiederholt, nur ist noch eine Ausdehnung des Rechts die Wahrheit zu beweisen für die Fälle gemacht worden, wo die behauptete Ehrenkränkung darin besteht, daß dem Beleidigten unsittliche Eigenschaften beigelegt wurden, die ihn in der allgemeinen Achtung herabzusetzen geeignet sind. Nach dem norwegischen Entwurfe [31]) wird unterschieden, ob der Injuriant den Andern einer gewissen und bestimmten strafbaren Handlung beschuldigte, oder nur im Allgemeinen sich beleidigender Aeußerungen gegen den Andern bediente. Im ersten Falle wird der Injuriant durch den Beweis der Wahrheit der Beschuldigung von Strafe frei; im zweiten Falle gestattet zwar die jetzt bestehende Verordnung vom 27. September 1799. §. 10. keine Beweisführung; allein die Commission überzeugte sich [32]), daß diese Vorschrift zu hart seyn würde, und gestattet daher im Entwurfe, daß der als Injuriant Angeschuldigte spätestens, sobald er gerichtlich bekannt ist, erkläre, auf welche bestimmte Handlung er seine Beschuldigung gründet, und den Beweis der Wahrheit dieser Handlung führe. In dem Entwurfe eines Gesetzbuchs für Preußen [33]) ist dagegen ausgesprochen, daß die Wahrheit einer Aeußerung die Strafbarkeit nicht aufhebe, und daß es nur bei

30) Art. 256—59.

31) Norwegischer Entwurf Tit. XVII. Art. 10.

32) Motive zu dem Norwegischen Entwurfe S. 246.

33) Art. 320.

Digitized by Google

Beleidigungen, welche den Vorwurf eines Verbrechens enthalten, ein Milderungsgrund sey, wenn der Beleidiger gegründete Veranlassung hatte, den Vorwurf für wahr zu halten [34]). Während nach der bisherigen Darstellung die neue Gesetzgebung Deutschlands der Ansicht huldigt, daß der Beweis der Wahrheit der Beschuldigung von der Strafe der Injurie befreie, geht die französische Gesetzgebung von ganz anderen Ansichten aus. Schon vor der Revolution hatte die französische Jurisprudenz [35]) durch die Autoritäten von Farinacius, vorzüglich durch die strenge Ansicht von Argentré, sich zu vielerlei Unterscheidungen bestimmen lassen, deren Hauptcharakter darin lag, daß der Injuriant nur dann von der Strafe frei werde, wenn nur eine wörtliche Injurie vorlag, diese ohne ehrenkränkende Absicht vorgebracht wurde und der Beweis der Behauptung durch Notorietät oder durch Urkunden geliefert wurde [36]). In dem Gesetzbuche von 1810 [37]) wird zwar die Regel aufgestellt, daß durch Beweis der Wahrheit desjenigen, der eine die Ehre des Andern kränkende Thatsache beweist, von der Strafe der Verläumdung frei wird; allein der Beweis darf nur geführet werden durch ein gerichtliches Urtheil oder eine andere öffentliche Urkunde; als unzulässig zu dem Beweise erklärt das Gesetz jede andere Beweisführung. Die Notorietät oder auch die Nachweisung durch ausländische Urkunden oder durch Druckschriften werden als un-

34) In den Motiven zu diesem Titel S. 72. wird zu erweisen gesucht, daß die öffentliche Meinung gegen eine solche Verletzung wahrer unsittlicher oder unrechtlicher Handlungen eines Andern sich erkläre.

35) Jousse Traité de la justice criminelle en France. Vol. III. p. 620.

36) Dareau Traité des injures (Paris 1775) p. 457.

37) Code Art. 368 — 370.

Digitized by Google

zulässig erklärt. So liberal die Regel des Code klingt, so war sie, wie ein geistreicher Franzose sagt [38]), ein todter Buchstabe, weil die Beschränkung der Art der Beweisführung eine liberale Anwendung unmöglich macht. Die Umgestaltung der Verhältnisse während der Restauration führte zu anderen Ansichten; man fand die englische Doctrin, die freilich in England in der Anwendung ihre Härten verliert, passender; eine strenge Gesetzgebung gegen die Mißbräuche der Presse schien nothwendig, und so entstand das Gesetz vom 26. Mai 1819 [39]), welches die Regel aufstellte, daß Niemand zum Beweise der Wahrheit zugelassen werden sollte, ausgenommen in jenen Fällen, in welchen gegen einen depositaire oder agent de l'autorité, oder gegen eine Person, die in einem öffentlichen Charakter handelte, wegen Handlungen, die sich auf ihre Dienstverhältnisse beziehen, eine Beschuldigung vorgebracht wurde. Das Gesetz, während es sonst jede Verbreitung von ehrenkränkenden Handlungen Anderer, selbst wenn man sie beweisen kann, für eine schändliche Handlung ansieht, erkennt doch ein öffentliches Interesse an, daß die tadelnswerthen Handlungen von Personen, die öffentlich auftreten [40]), der Censur der öffentlichen Meinung nicht entgehen, indem das öffentliche Leben solcher Personen ohnehin der Oeffentlichkeit angehöre. In der Anwendung entstand über dies Gesetz von 1819 manche Schwierigkeit; man mußte fragen, ob das Verbot des Gesetzes in Ansehung anderer nicht zu dem im öffentlichen Dienst

38) Chassan l. c. II, p. 435.

39) Parant Lois de la Presse an 1839, ou legislation actuelle etc. Paris 1834. p. 344.

40) Ueber den Sinn des Ausdrucks: agent de l'autorité und caractère public, s. Chassan Traité des delits I. p. 382—386. Die Mitglieder der Kammern, die Geschworenen, die Zeugen haben öffentlichen Charakter.

Digitized by Google

handelnden gehörigen Personen, Beweis der Wahrheit der Injurien zuzulassen, nur von dem Zeugenbeweise oder dem Beweise durch gewöhnliche Schriften zu verstehen sey, ob dadurch auch die preuve légale, also Beweis durch öffentliche Urkunden, z. B. Urtheile, ausgeschlossen seyn sollten. Da das Gesetz von 1819 den Art. 370. des Code pénal aufgehoben hatte, so schien auch jede preuve légale ausgeschlossen, wogegen man doch glaubte, daß dem Richter ein gewisses Ermessen überlassen werden müsse, die preuve légale zu gestatten [41]). Nach dem Willen des französischen Gesetzgebers soll es bei den Vorwürfen gegen die öffentlichen Beamten nicht darauf ankommen, ob die vorgeworfene Handlung eine strafbare ist, oder nicht. Der Beweis ist in beiden Fällen zulässig; wird der Beweis nicht geliefert, so kommt es auch nicht mehr auf die Art der Absicht bei der Aeußerung an, mag sie gut oder schlecht seyn [42]); ist der Beweis geführt, so tritt aber auch Freiheit von der Strafe ein, obwohl die Absicht bei der Aeußerung eine schlechte war; hier kommt aber in der französischen Jurisprudenz das Eigenthümliche vor, daß die Jury durch ihren Ausspruch [43]) bewirken kann, daß der Angeschuldigte zwar wegen der Injurie, deren Thatsachen er bewies, von der Strafe frei wird, dennoch aber zu Schadenersatz verurtheilt werden kann [44]). Die französischen Vorschriften wurden mit Recht schon früh mehrfach getadelt [45]), bei der Revision des französischen Gesetzbuchs

41) Parant l. c. p. 345. 348.

42) Rauter Traité du droit criminel françois Vol. I. p. 573.

43) Eine gute Abhandlung darüber, wie wichtig hier die Fragestellung ist, in der Revue de législation et de jurisprudence. Paris 1838. Vol. IX. p. 138.

44) Chassan Traité. Vol. II. p. 437—440.

45) Destriveaux Essais sur le Code pénal p. 144. S. auch Göbel, was der Criminalgesetzgebung in Rheinpreußen am dringendsten Noth thut. Trier 1839. S. 107.

Digitized by Google

für Belgien 1834 hatte man zu ängstlich an das System des Gesetzes von 1819 sich gehalten und dies dem neuen Entwurfe einverleibt. Trefflich hatte Haus [46]) das Ungenügende des Vorschlags nachgewiesen und in seinem Entwurfe [47]) folgendes System (worüber unten weiter gesprochen werden muß) vorgelegt. Ueberall, wo die Beschuldigung einen Staatsbeamten oder eine mit öffentlichem Charakter handelnde Person und zwar ihre Dienstverrichtungen betrifft, kann der Angeschuldigte jede Art von Beweis führen, um sich von der Strafe der Verläumdung zu befreien. Betrifft eine Beschuldigung Thatsachen, die auf das Privatleben der Bürger sich beziehen und welche nach den Gesetzen strafbar sind, so kann der Urheber zu seiner Vertheidigung nur auf solche Beweise sich berufen, welche aus einem Urtheile sich ergeben. Hat der Urheber der Beschuldigung die Thatsachen gerichtlich angezeigt, so wird die Untersuchung wegen der Injurien so lange suspendirt, bis die über die angezeigten Thatsachen verfügte Untersuchung beendigt ist. Betrifft die Beschuldigung Thatsachen, die keine strafbare Handlung begründen, so kann der Angeschuldigte auf jede Weise die Wahrheit der Thatsachen beweisen, ausgenommen, wenn sich als wahrscheinlich ergiebt, daß er die Beschuldigung nur in ehrenkränkender Absicht vorgebracht habe. Betrifft die Beschuldigung Thatsachen, die zwar strafbare Handlungen begründen, aber solche, welche nur auf Anzeige des verletzten Theils gerichtlich verfolgt werden dürfen, so wird der Urheber nicht zu dem Beweise derselben zugelassen. —

---

46) Haus Observations sur le projet de revision du Code pénal, présenté aux chambres belges. Gand 1836. Vol. III. p. 60—67.

47) Projet Art. 373—377.

Digitized by Google

Ein eigenthümliches System enthält das englische Recht. Schon oben [48]) hatten wir die englische Ansicht über Injurien aufgestellt und knüpfen unsere jetzige Darstellung an den obigen Aufsatz an. Englands Rechtsansichten über Injurien beruhen nicht auf einer geschlossenen Gesetzgebung, sondern auf dem Common Law, und nur wenige Statuten gehören hieher. Nur der Gerichtsgebrauch hat die Ansichten allmählig entwickelt, aber eben deswegen sind sie nicht starr und beharrlich, sondern schreiten fort mit der Bildung des Volkes. Vorzüglich muß man nie unberücksichtigt lassen, daß in England Geschworne entscheiden, die in Preßvergehen eine sehr ausgedehnte Gewalt haben [49]) und durch ihren Ausspruch die scheinbare Strenge der juristischen Ansicht mit dem Leben und der Billigkeit vermitteln. Das englische Recht unterscheidet slander oder die wörtliche Injurie, von dem libel, das unseren Preßvergehen gleichsteht. Das slander zieht nur eine Klage auf Entschädigung nach sich; das libel kann entweder eine solche Klage oder eine Criminalanklage begründen [50]). Ueberall nun, wo die Klage des Beleidigten nur auf Entschädigung (damages) angestellt ist, befreit der Beweis der Wahrheit der Thatsache den Beklagten von der Entschädigungspflicht, weil, wie die englischen Juristen erklären, die Schadensklage da wegfallen müsse, wo Jemand nur Wahrheit sagte, weil es hier ja von dem Beleidigten, der die Verhältnisse am besten würdigen könne, abhange, ob er klagen will, und weil man sonst das

48) Archiv des Criminalrechts, Bd. XIII. S. 529 — 532.

49) Worthington Inquiry into the power of juries to decide incidentally points of law p. 155. Chassan Traité des délits et contraventions de la parole. Vol. II. p. 129.

50) Starkie a treatise on the law of slander and libel. London 1830. Vol. II. (wohl das Hauptwerk über das englische Recht in Bezug auf Injurien).

Digitized by Google

Princip der Schadensklage verletzen würde, wenn man, demjenigen, der erweislich eine unwürdige Handlung beging, gestatten wollte, Gewinn aus der ihm vorgeworfenen Handlung zu ziehen [51]). Von einer ganz andern Ansicht geht aber das englische Recht bei dem libel in den Fällen aus, wo eine Criminalanklage deswegen erhoben wird. Hier wird kein Beweis der Wahrheit der Thatsachen zugelassen, weil da, wo oft gegen den Willen des Beleidigten die Criminalunterſuchung eintrete, der Grund nicht passe, der bei der Schadensklage die exceptio veritatis zulasse, weil der Grund, aus welchem das Gesetz bei dem libel eine Strafe ausspreche, darin liege, daß durch solche zur öffentlichen Verbreitung gebrachte kränkende Beschuldigungen die größte Aufforderung zur Selbsthülfe und zur Unordnung begründet und dadurch der öffentliche Friede gestört würde, dessen Bewahrung dem Gesetzgeber obliege [52]), weil aber nach diesem Gesichtspunkte darauf nichts ankomme, ob die Beschuldigung wahr sey oder nicht, indem eben bei wahren Beschuldigungen die Erbitterung und die Gefahr der Störung der Sicherheit noch größer wäre. Nicht in der Unwahrheit des Vorwurfs liegt, wie die englischen Juristen sagen, der Grund der Strafbarkeit der Injurien; das Gesetz muß energisch durch Strafdrohung die Ehre schützen und darf eine so gefährliche Unordnung provocirende Art der Verbreitung von Beschuldigungen nicht zugeben, weil durch die Gestattung des Beweises der Wahrheit vor Gericht der Inquirirte die größten Nachtheile leiden würde, vorzüglich in England, wo ohne sein Zuthun beim libel die Criminalunterſuchung eintreten und dann der Charakter eines Mannes durch Zu-

51) Starkie Vol. I. in dem preliminary discurse pag. CXIX. CXXVI.

52) Starkie l. c. p. CXXI. Vol. II. p. 251. Deacon Digest of de criminal law of England Vol. II. p. 806.

Digitized by Google

lassung des Beweises der Wahrheit zum Gegenstande einer öffentlichen Untersuchung gemacht werden könne. Auch bei der Civilentschuldigungsklage wollen die englischen Juristen in Bezug auf die Gestattung des Beweises der Wahrheit Unterscheidungen aufstellen, und man bezweifelte z. B. das Recht des Beweises in Fällen, wo die Beschuldigung nur in allgemeinen Ausdrücken, z. B. A ist ein Dieb — besteht [53]). Es ist nicht zu bezweifeln, daß auf die Ausbildung dieser Ansichten in England die Autorität einzelner älterer Juristen, z. B. Coke, der vorzüglich bei dem libel die römischen Vorschriften über libellus famosus vor Augen hatte, Einfluß übte. Man bemerkt aber auch, daß, namentlich in neuerer Zeit, die Strenge dieser den Beweis ausschließenden Ansichten vielfach angegriffen wurde, und mehr die Ansicht siegte, daß man auch bei Criminaluntersuchungen wegen libel den Beweis zulassen müsse [54]). In der Praxis selbst bildete sich allmählig eine andere Ansicht aus; überall [55]), wo die Untersuchung zeigt, daß der Angeschuldigte bona fide und ohne Absicht dem Andern zu schaden handelte, wo er ein erlaubtes Interesse verfolgt, sollte dies ein Grund seyn, die Straflosigkeit zu erkennen; die schleunige Nachweisung der Wahrheit der Beschuldigung wird dabei von Einfluß. Die in der Beurtheilung des ganzen Falles freien Geschwornen prüfen nach dem Totaleindruck dies Verhältniß,

53) S. Starkie l. c. Vol. I. p. 465.

54) S. selbst Gründe in Starkie l. c. p. CXXI (wo er gesteht, daß die Volksstimme sich gegen die Ansicht empöre, daß auch der Vorwurf wahrer Thatsachen libel seyn soll) p. CXXVIII. Mill in dem guten Aufsatz über Pressfreiheit in der encyclopedia britanic. in dem Artikel liberty of press p. 10. und ein trefflicher Aufsatz in dem law magazine Heft 24. p. 485.

55) Starkie Vol. II. p. 255.

Digitized by Google

und so steht die Praxis fest [56]), daß der Angeschuldigte auf Lossprechung durch die Jury rechnen kann, wo diese sich überzeugt, daß die Beschuldigung durch Vorwürfe wahrer Thatsachen ohne böse Absicht geschehen ist [57]). Die englischen Ansichten gingen in die Jurisprudenz und Gesetzgebung von Nordamerika über. Der große Werth aber, den man in jenem Lande auf Preßfreiheit legt, bewirkte, daß manche in England zu einer Zeit, wo man dieser Freiheit nicht immer ganz günstig war, entstandene beschränkende Ansichten keinen Eingang fanden; das libel wurde mehr als eine Art der Injurie überhaupt — jedoch unter erschwerenden Umständen verübte — betrachtet; die Kraft der Volksstimme duldete nicht, daß man der Wahrheit Hohn sprechend denjenigen strafte [58]), der nur Wahrheit sagte, und der Geist der höchsten Oeffentlichkeit in Nordamerika dehnte das Recht, Wahrheit zu sagen, auf alle Fälle aus, in denen nur irgend ein öffentliches Interesse, die Wahrheit zu kennen, hervortrat, daher auch in Bezug auf Candidaten zu öffentlichen Stellen. Die englische neuere Jurisprudenz verbreitete sich mehr in Amerika, und so bemerkt man freilich noch eine Verschiedenheit der Ansichten in den Legislationen der verschiedenen Staaten [59]); allein die herrschende Grundansicht ist Be-

56) Ein merkwürdiger Artikel in dem Edinburgh Review von 1816 findet sich in Starkie Vol. I. p. CXLV sq.

57) In der neuen Bill (von Odonell vorgelegt) wird der Beweis der Einrede der Wahrheit auch gegen Criminalanklage wegen libel zugelassen. (S. meine Uebersetzung der Bill in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung Bd. VI. S. 180. und die zweckmäßigen Vorschläge in dem Aufsatze im law magazine Heft 24. p. 440.)

58) Gute Entwickelung in Olive rights of an american citizen. Boston 1832. p. 253—268.

59) Gut Kent Commentar on american law. Vol. II. p. 16—22. und in der Uebersetzung in der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung V. S. 140.

Digitized by Google

günstigung der Freiheit und des Rechts auf Wahrheit [60]), so daß selbst in den nordamerikanischen Verfassungsurkunden das Recht die Wahrheit zu beweisen, um der Strafe des libel zu entgehen, anerkannt ist. Nach einigen Gesetzgebungen ist der Beweis der Wahrheit unbedingt in allen Untersuchungen wegen libel erlaubt [61]), nach anderen [62]) ist dies zwar auch ausgesprochen, allein mit dem Zusatze, daß da, wo die Jury findet, daß das libel aus guten Motiven und zu erlaubten Zwecken verbreitet wurde, der Angeklagte, wenn er die Wahrheit bewies, freizusprechen sey; nach anderen [63]) ist der Beweis der Wahrheit gestattet, so oft die Schrift, welche das libel enthalten soll, auf die Erforschung des amtlichen Benehmens öffentlicher Beamten oder Personen, die einen öffentlichen Charakter haben, gerichtet ist, oder wo der Gegenstand der Schrift geeignet ist, eine strafrechtliche Untersuchung zu begründen. Nach anderen Gesetzgebungen ist der Beweis der Wahrheit erlaubt, ausgenommen bei Anklagen wegen solcher Schriften, die das Andenken eines Verstorbenen anzugreifen oder natürliche Gebrechen eines Lebenden öffentlich zu verbreiten beabsichtigen. Einen sehr interessanten Entwurf über die Bestrafung der Injurien legte Livingston für Louisiana vor [64]), wo er von der Begünstigung des Be-

60) Aufsatz im American Jurist, Heft XXXI. p. 95. 107.

61) z. B. nach der Verfassung von Connecticut I. Art. 7. Penal Code of Georgia von 1833. pag. 181.

62) Revised statutes of New York, I. p. 85. (unter Bill of rights) Revised Statutes of Massachussets, Cap. 138. p. 746.

63) Constitution von Pensylvanien, Art. IX. Sect. VII. Constitution von Ohio, VIII. Sect. 6. Constit. von Kentuky, Art. X. Sect. 8.

64) Code of Louisiana, Tit. XVIII. p. 90. (in Uebersetzung geliefert von mir in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung, IV. S. 296.) Livingston Report, p. 145.

Digitized by Google

weises der Wahrheit ausgeht, und nur den gegen böswillige Angriffe der Bürger in Schutz nehmen will.

Die Frage über die Zulässigkeit des Beweises der Wahrheit ist neuerlich auch bei Gelegenheit der Preßgesetze verschiedener Länder zur Berathung gekommen. Wir werden unten §. IV. in dieser Beziehung auf den Gegenstand zurückkommen.

§. II. Gründe gegen die Zulässigkeit des Beweises der Wahrheit.

Prüft man die Gründe derjenigen, welche die Führung des Beweises der Wahrheit zur Beseitigung der Strafe der Verläumdung ausschließen wollen, so reduciren sie sich vorzüglich auf folgende[1]): 1) Die Freiheit, Alles was man von einem Andern weiß, wenn es auch noch so nachtheilig seiner Ehre ist, bekannt zu machen, blos mit der Verbindlichkeit, die Wahrheit der Aeußerung zu beweisen, zerstört den Frieden in der bürgerlichen Gesellschaft, vernichtet das Vertrauen in ehelichen Verhältnissen, entzweit Freunde und Gesellschafter, und kann so leicht das Lebensglück eines Mannes vernichten, wenn jede Handlung, die er in einer schwachen Stunde beging, unbarmherzig der Oeffentlichkeit Preis gegeben wird. 2) Auf ein allgemeines Recht, unbedingt Wahrheit zu sagen, darf man nicht zu viel bauen; weil man doch nie behaupten darf, daß in allen Fällen dies Recht begründet sey. Wenn z. B. Jemand weiß, daß ein Anderer ohnehin sehr leidend ist und leicht seine Gesundheit schwer angegriffen werden kann, und er absichtlich eine Nachricht eines zwar in der Wahrheit gegründeten Verhältnisses, dessen Kenntniß den An-

1) Diese Gründe sind am besten angegeben in Starkie Treatise on the law of slander preliminary discourse p. CXIX—CXXX.

Digitized by Google

dern tief ergreifen muß, plötzlich beibringt, oder wenn Jemand, der z. B. als Arzt, als Beamter die Pflicht der Geheimhaltung einer Thatsache hatte, und diese Thatsache doch Anderen mittheilt: wer wird die Entschuldigung, daß man nur Wahrheit gesagt habe, für begründet erkennen, wer wird nicht vielmehr zugeben, daß eine Beweisführung nicht zulässig seyn kann, weil die Aeußerung an sich unmoralisch war? 3) Wenn Jedem das Recht gegeben wird, Alles, was ihm von einem Andern bekannt ist, zu veröffentlichen und die Wahrheit seiner Behauptung zu beweisen, so wird dadurch ein sehr ungeeignetes Tribunal zum Richter über die Handlungen der Bürger bestellt; denn, wenn die Verläumdung den Vorwurf einer verbrecherischen Handlung enthält, so wird (sagen die Gegner der Gestattung der exceptio veritatis) durch die Gestattung des Beweises der Wahrheit gegen die Injurienklage ein incompetentes Gericht dazu aufgerufen, über die Wahrheit des Verbrechens zu urtheilen; wenn z. B. A beschuldigt wird, von B einen Diebstahl in C verübt zu haben, und A wegen Injurie klagt, so würde nur das Gericht, welches über die Injurie urtheilen soll, auch ermächtigt, im Falle des Beweises der exceptio veritatis über die Wahrheit des in C verübten Diebstahls zu urtheilen, während doch nur das Gericht in C competent seyn kann, über das dort begangene Verbrechen zu richten. Noch schlimmer wäre dies bei Verläumdungen, die einen Andern einer gewissen unmoralischen Handlung beschuldigen. Hier wäre durch die Zulässigkeit einer Beweisführung vor Gericht eigentlich das große Publikum (vorzüglich in Staaten, in welchen die Prozeßverhandlungen öffentlich sind) zum Richter aufgerufen. Man beruft sich darauf, wie trüglich dies Urtheil einer leicht zur Annahme der einem Andern nachtheiligen Meinung geneigten und nicht mit den nöthigen Fähigkeiten einer gründlichen Prü-

Digitized by Google

fung der Wahrheit versehenen Menge ist. 4) Die Gestattung der Beweisführung führt, wie die Gegner zu zeigen suchen, zu großen Nachtheilen für den Geschmähten; ist er unschuldig, so wird die Kränkung, welche er durch die Injurie erlitt, noch vermehrt, wenn der Angeschuldigte nun durch die Beweise, welche er vorlegt, dem Vorwurfe noch den Schein der Wahrheit giebt, wenn er bei seiner Vertheidigung leidenschaftlich den Gegner angreift und seinen Vorwurf als gegründet zu zeigen sucht. Wie leicht kann der Schurke, welcher boshafterweise den Ruf eines unschuldigen Mädchens angreifen will, und lügenhaft behauptet, daß sie in einer Nacht einem Ehemann in ihr Schlafzimmer den Zutritt gestattet habe, seine schändlichen Absichten erreichen, wenn man ihn zu dem Beweise seiner Behauptung zuläßt? Wenn er auch nicht das Mittel wählt, falsche Zeugen vorzubringen, so ist es ihm doch leicht, durch schlaue Zusammenstellung von Umständen, die an sich unschuldiger Natur sind, aber durch ihre Verkettung und kunstreiche Verdrehung ein nachtheiliges Licht auf das Mädchen werfen, bei der Beweisführung dem Mädchen zu schaden, da es bekannt ist, wie leicht die Menschen geneigt sind, das auch nur wahrscheinlich gemachte Unrecht, was von Andern erzählt wird, zu glauben. 5) Die gesetzliche Erlaubniß, durch den Beweis der behaupteten Thatsachen sich von der Strafe der Verläumdung loszumachen, steht auch, wie man behauptet, mit dem Geiste einer weisen Gesetzgebung im Widerspruch. Der Gesetzgeber hat nämlich Gründe, nicht alle möglichen, obgleich unmoralischen Handlungen vor Gericht zu ziehen und mit Strafen zu bedrohen; eine solche Ausdehnung des Strafgebiets würde viele Nachtheile haben, jede Sünde zu einem Verbrechen stempeln, weil Jeder, der eine solche Handlung dem Andern vorwirft, die Untersuchung der Wahrheit derselben an das Gericht bringen kann, sobald

Digitized by Google

der wegen seines Vorwurfs mit der Injurienklage Belangte die Einrede der Wahrheit entgegensetzt, und auf den Beweis derselben anträgt. Wenn in schwacher Stunde ein Ehemann die dem andern Ehegatten schuldige Treue brach, wenn ein Mädchen dem Geliebten Freiheiten gestattete, so kann jeder Boshafte oder Muthwillige, der durch einen Zufall von solchen Scenen Zeuge wird, schonungslos den Schleier des Geheimnisses von der That reißen und durch seine Beweisführung vor Gericht den ehelichen Frieden jenes Ehemannes, das Lebensglück und den Ruf dieses Mädchens zerstören. 6) Gestattet die Gesetzgebung ein solches Verfahren, so hat sie, wie die Gegner der exceptio veritatis behaupten, die Vorstellungen aller Völker zerstört, welche das Privatleben der Bürger, das Innere der Familien als ein Heiligthum ansehen, in das der Staat selbst nicht eindringt, wenn nicht die wichtigsten Gründe dies fordern, und das er daher auch vor der Ausspäherei und der Klatscherei dritter unbefugter Personen schützen muß. Die Befugniß, jede Handlung eines Bürgers beliebig zum Gegenstande einer Untersuchung zu machen, verletzt die Forderungen des Christenthums, das die Lieblosigkeit mißbilligt, mit der man die Schwächen seines Mitmenschen der Oeffentlichkeit Preis giebt, sie widerspricht selbst der neuerlich vielfach gepriesenen Rücksicht auf Besserung, wenn man gestattet, daß unbedingt Jeder einem Andern, der seine Strafe wegen seines Vergehens erduldet hat, öffentlich wieder vorwerfen und die Thatsache beweisen darf. 7) Die Handlungen, welche als Gegenstand der ehrenkränkenden Vorwürfe durch die Injurienklage vor Gericht gezogen werden, sind, wie die Gegner der exceptio nachweisen, entweder solche, welche, wenn sie wahr sind, mit Strafe bedrohte Verbrechen enthalten, oder solche, die als unmoralisch erscheinen, oder andere, die in keine dieser Klassen gehören, sondern

Digitized by Google

nur als Beweise gewisser Schwächen oder Gebrechen eines Andern dienen könnten. Im ersten Falle dürfe man den Injurianten nicht zum Beweise zulassen, weil er, wenn er die Verbrechen des Andern kannte, sie bei Gericht anzeigen konnte oder mußte, und keine Entschuldigung verdient, wenn er dies unterließ; im zweiten und dritten Falle habe weder der Staat, noch der Dritte ein Interesse und eine Befugniß, durch die Beweisführung Handlungen vor Gericht zu ziehen, welche theils das Strafgesetz absichtlich nicht verpönen wollte, theils der Staat, als der innersten Individualität eines Menschen gehörig, vor das Forum der Oeffentlichkeit zu ziehen nicht befugt ist.

§. III. Gründe der Nothwendigkeit, den Beweis der Wahrheit zuzulassen.

Nach der Rücksicht, daß der Gesetzgeber bei der Abfassung der Strafgesetze die verschiedenen Interessen abwägen muß, kommt Alles darauf an: ob größere Nachtheile da eintreten, wenn das Gesetz die Führung des Beweises der Wahrheit der Beschuldigung nicht erlaubt, oder wenn (unter zweckmäßigen Beschränkungen) dieser Beweis als zulässig erklärt wird. Wir haben gewissenhaft die Folgen nachzuweisen gesucht (in §. II.), welche in dem zweiten Falle eintreten können; es ist aber auch Pflicht, die Nachtheile zu erwägen, welche die Ausschließung des Beweises der Wahrheit nach sich zieht. Die Erfahrung Frankreichs ist hier vorzüglich belehrend. 1) Gestattet das Gesetz demjenigen, welcher einem Andern einer Handlung beschuldigt, nicht zur Entkräftung der Injurienklage die Wahrheit zu beweisen, so wird der Angeschuldigte als Verläumder bestraft, wenn auch der von ihm gemachte Vorwurf in Wahrheit gegründet war. A wird z. B. von B, der seine Tochter mit C verheirathen will, um den Charakter des C befragt; A weiß, daß C schon ein Mäd-

Digitized by Google

chen verführt, daß er wegen Unterschlagung gestraft worden sey; ehrlich theilt er dem B dies mit; C, der es erfähret, klagt gegen A, und dieser ist bereit, die Wahrheit seiner Aeußerung zu beweisen; aber vergebens; er wird nicht gehört, vielmehr als Verläumder bestraft. Eine solche Bestrafung aber steht im Widerspruche mit der Volksstimme [1]), die nur denjenigen Verläumder nennt, welcher dem Andern etwas andichtet. Diese Stimme tadelt eine Gesetzgebung, welche auch den, welcher Wahrheit sagt, als Verläumder strafen will [2]). Wehe aber einer Gesetzgebung, welche die Richter zu Strafurtheilen nöthigt, denen die allgemeine Stimme widerspricht. 2) Die Ausschließung des Beweises der Wahrheit führt zu einem Systeme der Lüge und Heuchelei, deren Herrschaft im Staate den Volkscharakter verdirbt; auf jeden Fall wird wenigstens eine Verschlossenheit herbeigeführt, welche die nothwendige Offenheit des Charakters zerstört. Wenn Jemand, der mit dem ihm unbekannten A ein bedeutendes Geschäft eingehen will, sich vorerst bei Bekannten des A um den Charakter des Letztern erkundigt, so kann Niemand, der auch die schändlichsten Handlungen des A kennt, es wagen, den Andern zu warnen und die Wahrheit zu sagen. Wenn bei Wahlen die vielleicht durch eine Partei bewirkte Stimmung sich für den B ausspricht, und mehrere Wahlmänner wissen, daß B schlechte Handlungen verübt habe, die ihn der Wahl unwürdig machen, so müssen sie schweigen, um nicht als Verläumder bestraft zu werden. Der Befragte muß dann gegen seine Ueberzeugung den, welchen er als schlechten Menschen kennt, loben, oder doch durch sein Schweigen die günstige Mei-

1) Dies gestehen auch englische Juristen. Starkie l. c. prelim. discourse p. CXXI.

2) Haus Observations sur le projet de revision III, p. 6.

Digitized by Google

nung der Anderen bestätigen. 3) Auf diese Art werden die wichtigsten Interessen Einzelner verletzt. Jeder, welcher als vorsichtiger Mann, ehe er ein Geschäft mit dem Andern eingeht, sich um diesen, um den Charakter und die bisherigen Lebensverhältnisse erkundigt, darf nicht hoffen Wahrheit zu erfahren; denn denjenigen, welche sie ihm mittheilen konnten, ist durch das Gesetz, welches den Schurken schützt, der Mund verschlossen [3]), und ungewarnt und getäuscht geht der redliche Bürger ein Geschäft ein, bei dem er zu spät erfährt, daß er mit einem Unwürdigen sich eingelassen habe. 4) Nicht weniger leiden die öffentlichen Interessen [4]) durch die Beschränkung des Beweises der Einrede der Wahrheit; denn wer mag läugnen, daß da, wo es auf Wahlen zu Deputirtenstellen, zu Gemeindeämtern ankommt, dem Staate daran liegt, daß kein Unwürdiger sich einschleiche? Ist es nicht Recht und Pflicht eines jeden Staatsbürgers, vorzüglich derjenigen, welche wählen sollen, offen ihre Ueberzeugung über die Unwürdigkeit eines Candidaten, der schlau die Stimmen sich zu verschaffen weiß, auszusprechen? Hat nicht der Staat eben so ein Interesse, daß seine Staatsdiener würdige Männer seyen, und ist es klug, demjenigen, der ein Unrecht eines Beamten aussagt und bereit ist, seine Behauptung zu beweisen, den Mund zu verschließen? 5) Schwerlich möchte die Moral durch die Ausschließung des Beweises der Wahrheit gewinnen. Unfehlbar ist die Furcht vor dem Urtheile der Mitbürger ein mächtiger Abhaltungsgrund von unmoralischen oder gesetzwidrigen Handlungen. Sobald aber die Gesetzgebung nicht mehr gestattet, daß die öffentliche Stimme sich aussprechen, und daß Jeder, der unwürdige Handlungen

3) Sommet Abhandlungen S. 149.

4) Zum Bach Ansichten über Hauptgegenstände des Strafrechts S. 302.

Digitized by Google

Anderer kennt, auch den Schlechten schlecht nennen darf, sobald jeder Unrechtliche oder Unmoralische sicher ist, daß das Gesetz ihn schützt, und den, der es wagen würde, der schlechten Handlung ihn zu beschuldigen, als Verläumder straft, weil gesetzlich die Beweisführung in Bezug auf die behauptete Thatsache nicht gestattet wird, fällt dieser Abhaltungsgrund von Verbrechen weg, weil der Schurke sicher ist, daß Niemand ihn einen Schurken nennen darf. 6) Grundlos ist die Erwiederung der Gegner, daß eine Gestattung des Beweises der Einrede der Wahrheit unnöthig sey, weil Jeder, der unerlaubte Handlungen des Andern kennt, nichts zu thun brauche, als bei Gericht das Vergehen des Andern anzuzeigen, daher man annehmen müsse, daß Jeder, der diese Anzeige unterläßt und den Weg wählt, außergerichtlich seinen Mitbürger zu brandmarken, aus schlechten Absichten handle und daher zum Beweise seiner Behauptung nicht zugelassen werden dürfe. Dies Räsonnement beruht schon auf der irrigen Voraussetzung, daß Jeder die Handlungen, deren Vorwurf Gegenstand der Klage über Verläumdung ist, bei Gericht anzeigen könne; denn sehr viele Verläumdungen beziehen sich auf den Vorwurf nicht strafbarer Handlungen, welche den, der sie verübt, der öffentlichen Verachtung Preis geben würden, z. B. daß ein vornehmer Mann seinen alten dürftigen Vater verläugnet, ihn durch die Bedienten aus dem Hause gestoßen habe und ihn dürftig leben lasse; oder daß Jemand ein Mädchen verführt habe; oder daß ein Anderer immer mit Freudenmädchen lebe; oder daß Jemand, der als Abgeordneter gewählt werden sollte, sich dem Minister verpflichtet habe, für alle Vorschläge des Ministers zu stimmen, wenn dieser ihm eine gewisse Stelle geben würde. In allen diesen Fällen muß es erlaubt seyn, die Behauptung, daß ein Anderer solche Handlungen verübt habe, auch zu beweisen, wenn der

Digitized by Google

Beschuldigte wegen Verläumdung klagt. Dem Beklagten kann kein Vorwurf wegen Nichtanzeige bei Gericht gemacht werden, da er solche Handlungen gar nicht anzeigen konnte; aber auch bei Vorwürfen wegen Handlungen, welche strafwürdig sind, ist es unrichtig, daß der, welcher den Andern beschuldigt, sie nur dem Gerichte anzeigen konnte; denn es giebt Verbrechen, welche von Amts wegen oder durch die Staatsbehörde gar nicht, sondern nur auf Klage des Beschädigten verfolgt werden dürfen, z. B. bei Ehebruch, Entführung. Hier kann ein Dritter keine Anklage stellen, und seine Anzeige würde nichts nützen; bei anderen Verbrechen, die zwar von Amts wegen zu verfolgen sind, kann das Verhältniß sich so gestalten, daß der, welcher den Andern beschuldigte, gar nicht bei Gericht anzeigen konnte, z. B. wenn das Verbrechen in dem Auslande verübt war, oder wenn es verjährt ist. — Wenn zwar erwiedert wird, daß da, wo der Fall so beschaffen ist, daß eine gerichtliche Anklage oder Anzeige nicht zulässig war, auch ein Dritter kein Recht habe, die Handlung dennoch dem Andern vorzuwerfen, und daß jeder solcher Vorwurf aus schlechten Absichten hervorgehe; wenn ferner behauptet wird, daß Handlungen, welche der Staat nicht mit Strafe bedrohen will, auch als Geheimniß respectirt werden müßten, und daß der Staat nicht erlauben dürfe, daß jeder Unberufene sie veröffentliche, so beruhen diese Ansichten wieder auf irrigen Voraussetzungen. Unverkennbar steht im bürgerlichen Leben Jedem das Recht zu, sich um den Charakter der Person zu erkundigen, mit welcher er Geschäfte eingehen will, oder welche er durch seine Wahlstimme für würdig eines gewissen Amtes zu erklären im Begriffe steht; er hat daher ein Interesse, Andere darüber zu befragen, und der Befragte, der etwas darauf Bezügliches kennt, ist wenigstens moralisch schuldig, die Wahrheit anzugeben. Da, wo Jemand heirathen soll, oder

Digitized by Google

wo Jemand mit einem Andern ein wichtiges Geschäfte eingehen will, oder wo in einem Prozesse eine Person als Zeuge aufgeführt werden soll, oder bei öffentlichen Wahlhandlungen, ist ein solches Interesse begründet, über alle Lebensverhältnisse Anderer Erkundigungen einzuziehen, und es ist klar, daß dabei nicht blos strafwürdige, sondern auch unmoralische Handlungen eines Andern wichtig werden, weil durch sie der Charakter einer Person am besten beurtheilt werden kann. Es ist aber auch an sich irrig, daß der Staat Handlungen, welche er nicht für strafwürdig erklärt, zum Gegenstande von Nachforschungen zu machen nicht gestatten dürfe; denn so viele Handlungen, bei denen Indelikatesse vorkommt, oder wo aus politischen Gründen eine Strafe nicht gedroht wird, sind deswegen nicht von dem Staate gebilligt; er überläßt vielmehr das Urtheil darüber jener strengen Censur der öffentlichen Meinung, welche oft besser als die Strafe ein Gericht über die Schuldigen ausübt, und mächtig auf das Gemüth der Bürger wirkt. — Es ist inconsequent, wenn man, wie in England, bei Injurien, die nur mündlich geäußert werden, den Beweis der Wahrheit zuläßt, und bei gedruckten Aeußerungen der nämlichen Art den Beweis ausschließt. Die angebliche Rücksicht, daß bei den Injurien der zweiten Art der öffentliche Friede gestört werde, ist unbedeutend. Wenn Jemand vor 1000 Personen dem A vorwirft, daß er ein Dieb sey, so darf der Injuriant beweisen; wenn er in dem Wochenblatt eines kleinen Orts dies drucken läßt, so darf er nicht beweisen. Wo ist hier die Konsequenz? [5]) Berufen sich die Gegner darauf, daß das Interesse der Bewahrung der Ruhe und des Friedens in der bürgerlichen Gesellschaft die Ausschließung des Beweises der Wahrheit fordere, daß viele Injurien eben dadurch vermieden

5) Gute Bemerkungen in dem legal magazine. Heft 24. p. 459.

Digitized by Google

werden, indem allgemein bekannt ist, daß das Gesetz dem Injurianten den Beweis der Wahrheit seiner Behauptung zu führen nicht gestattet; so muß dagegen bemerkt werden, daß jener gerühmte Zustand der Ruhe, in welchem ängstlich jede Aeußerung der Wahrheit gehindert wird, damit keine Aufregung entstehe, kein wünschenswerther ist, und den Charakter des Volkes, das zur Lüge und Heuchelei gewöhnt wird, eben so verdirbt, als er der Lebhaftigkeit des Verkehrs und der Beförderung öffentlicher Interessen schadet. Wir geben zu, daß in manchen Fällen eine Person, welche Thatsachen, die zwar wahr sind, von einem Andern aussagt, Strafe verdient, aber diese Strafe kann sie entweder wegen Verletzung des ihr obliegenden Geheimnisses (z. B. wenn der Arzt anvertraute Geheimnisse ausschwätzt), oder wegen Ehrenkränkung verdienen, ohne daß man deswegen behaupten kann, daß derjenige, welcher etwas Wahres aussagt, als Verläumder strafbar sey. — Die Aufgabe der Gesetzgebung ist die, die Freiheit der Bürger, also auch die Redefreiheit, nicht weiter zu beschränken, als das öffentliche Interesse diese Beschränkung fordert. Es ist nun Pflicht zu prüfen, wie weit Beschränkungen nothwendig werden, wobei wir den im gemeinen deutschen Strafrechte anerkannten Grundsatz also weise anerkennen: daß Jeder, welcher Thatsachen von einem Andern aussagt, wegen deren Aussage die Klage wegen Verläumdung anstellt, befugt ist, den Beweis dieser Thatsachen zu führen, und durch diesen Beweis der Strafe der Verläumdung entgeht. Es ist ein Irrthum, wenn man erwartet, daß in Fällen, in welchen das Gesetz jede Beweisführung dem Angeklagten abschneidet, der Beleidigte, wenn er einem schlauen Gegner gegenüber steht, in besserer Lage sich befindet. Der Verfasser dieses Aufsatzes ist Zeuge öffentlicher Verhandlungen gewesen, in welcher dem Angeschuldigten nach dem Gesetze kein Beweis

Digitized by Google

der Einrede der Wahrheit gestattet war; er hat sich überzeugt, wie schlau der Angeschuldigte, indem er den Vorwurf einer bösen Absicht von sich abzulehnen sucht, Thatsachen, welche die Wahrheit der Beschuldigung zeigen, in seiner Vertheidigung vorbringt, und bei jeder Gelegenheit durchblicken läßt, daß er leicht seine Beschuldigung beweisen könnte, aber nur durch das Gesetz daran gehindert ist. Mehrere Male forderte selbst der durch die schlaue Vertheidigung auf's neue angegriffene Beleidigte den Angeschuldigten auf, den Beweis seiner Vorwürfe zu liefern; aber der Angeschuldigte mußte erklären, daß er dies ja nach dem Gesetze nicht thun dürfte. Schwerlich hatte der Beleidigte bei dieser Gelegenheit Ursache, die weise Sorgfalt des Gesetzgebers zu rühmen.

§. IV. Beschränkungen des Rechts, den Beweis der Wahrheit zu liefern.

Die Beschränkungen, unter welchen der Beweis der Wahrheit zur Entkräftung der Anklage wegen Injurien geführt werden darf, können auf verschiedene Weise vorkommen: I. in Bezug auf den Inhalt der Aeußerungen, die als Injurien verfolgt werden, und zwar A) indem man nur bei Verläumdungen diesen Beweis zuläßt, bei den Ehrenkränkungen dagegen ausschließt. Bei der Prüfung der Richtigkeit dieser Ansicht kommt Alles darauf an, welcher Begriff der Verläumdung zum Grunde gelegt wird. Nimmt man als Verläumdung nur die wissentliche falschliche Andichtung von Handlungen an, welche in dem Gesetzbuche als Verbrechen oder Vergehen erklärt sind, oder nennt das Gesetz Verläumder nur denjenigen, der von einem Andern Handlungen wissentlich aussagt, welche mit Strafen bedroht sind, oder als unsittlich

1) Z. B. nach dem baier. Strafgesetzbuche Art. 284.

Digitized by Google

liche Handlungen den Andern der öffentlichen Verachtung Preis geben würden [2]), so ist die Beschränkung der Beweisführung nicht zu billigen; denn daraus folgte, daß nach der ersten Ansicht bei dem Vorwurfe von Handlungen, welche nur mit geringeren Strafen bedrohe, also nicht als Verbrechen oder Vergehen erklärt sind, oder von unsittlichen Handlungen kein Beweis der Wahrheit zulässig seyn würde; dies aber wäre ungerecht; es muß vielmehr bei Urtheilen über den Werth eines Andern eben so erlaubt seyn, Handlungen, welche den Andern als unsittlich darstellen, auszusagen, wenn man die Wahrheit beweisen kann; denn auch darauf beziehen sich das öffentliche oder das Privatinteresse von Personen, die um den Charakter eines Andern sich erkundigen. Nach dem baierischen Strafgesetzbuche ist die widernatürliche Unzucht, die Gotteslästerung kein Verbrechen oder Vergehen; wer nun von einem Andern, der z. B. mit A einen Gesellschaftsvertrag schließen will, oder in der Lage ist, seine Tochter dem A zur Ehe zu geben, um den Charakter des A befragt wird, und ohne alle beschimpfende Form einfach erkläret, daß A die oben genannten Handlungen verübt habe, oder wer von A sagt, daß dieser mit Freudenmädchen lebe, oder seinen armen Vater in Düsterigkeit schmachten lasse; so würde er, wenn A gegen ihn wegen Injurie klagt und er den Beweis der Wahrheit seiner Aussagen führen wollte, damit nicht zu hören, vielmehr als Injuriant zu bestrafen seyn, und dennoch hat er nur Wahrheit gesagt, und auf die Frage eines Andern, der ein Interesse hatte, Wahrheit zu erfahren, eine ehrliche Antwort gegeben. Stellt man den Begriff der Verläumdung nun auf das wissentlich falsche Vorbringen von bestimmten strafbaren oder unsittlichen Handlungen, so wird derjenige, der nur durch un-

2) z. B. nach dem badischen Entwurfe Art. 245.

Digitized by Google

unbestimmte Aeußerungen einen Andern der Unrechtlichkeit oder Unsittlichkeit beschuldigt, nur eine Ehrenkränkung im gesetzlichen Sinne begehen, und daher, weil nur bei Verläumdungen der Beweis der Wahrheit gestattet ist, zu keinem Beweise zugelassen werden, um die Strafe der Ehrenkränkung zu entfernen. Diese Ansicht ist aber bedenklich; denn darnach wird derjenige, welcher keines bestimmten Vergehens oder einer unmoralischen Handlung den Andern beschuldigt, der aber dem Andern verächtliche Eigenschaften oder Gesinnungen beilegt, oder solcher allgemeinen Ausdrücke sich bedient, in welchen der Vorwurf gewisser Vergehen liegt, mit dem Beweise der Wahrheit nicht gehört werden; dies führte aber zur Ungerechtigkeit; denn wenn Jemand über den Charakter des A befragt wird und erklärt, daß man dem A in Wien, wo er früher gewesen, nicht getraut habe, weil er ein Dieb sey, oder wenn er ausspricht, daß B (ein Beamter) höchst bestechlich, oder daß er unsittlich sey und eheliche Verhältnisse nicht achte, so ist es ungerecht, wenn der Beweis der Wahrheit ausgeschlossen wird, sobald dieser Beweis auf Handlungen gerichtet wird[3]), woraus das Daseyn jener Eigenschaften oder Gesinnungen hervorgeht. Wer daher beweisen kann, daß A gestohlen habe, wird von der Strafe frei, wenn er den A einen Dieb gescholten hatte. Wer beweist, daß B, den er bestechlich nannte, eine Bestechung angenommen habe, kann nicht als Verläumder bestraft werden. Ob er wegen der Art, in der er sein Urtheil über den Andern ausspricht, mit der Strafe der Ehrenkränkung belegt werden kann, ist eine andere Frage, die wir später beantworten.

B) Eine Beschränkung der Befugniß zu beweisen, kann nach der Beschaffenheit der Thatsachen vorkommen, welche den injuriösen Vorwürfen zu Grunde

3) Zuerst ist diese Ansicht in dem badischen Entwurfe §. 257. anerkannt worden.

Digitized by Google

liegen. Man kann in Bezug auf diese Thatsachen unterscheiden 1) solche, durch welche Jemand einer strafbaren oder unmoralischen Handlung beschuldigt wird; 2) solche, welche moralische Schwächen eines Andern enthalten, ohne daß darin eine strafbare oder unmoralische Handlung liegen würde; entweder indem Jemand einer großen Eitelkeit, oder einer besondern Neigung für das weibliche Geschlecht beschuldigt, oder als eine Person dargestellt wird, der gewisse höhere Tugenden z. B. Großmuth, Aufopferung für seine Freunde oder Muth fehlen; oder 3) solche, die einen Andern einer jedoch nicht unmoralischen Uebereilung oder einer Ungeschicklichkeit oder einer Handlungsweise beschuldigten, welche ihn lächerlich machen können, z. B. daß Jemand in der Zerstreuung auf eine komische Weise gekleidet ausgegangen sey; 4) solche Thatsachen, in welchen der Vorwurf von geistigen Gebrechen liegt, z. B. daß Jemand eine alberne Aeußerung gemacht, oder etwas gethan habe, was seine Dummheit zeigte; 5) solche, die den Vorwurf körperlicher Mängel begründen würden, z. B. daß er eine gewisse Krankheit habe, oder daß er zeugungsunfähig sey. Für die richtige Beurtheilung des Umfangs, in welchem dem wegen einer Injurie Beklagten der Beweis der Wahrheit einer Behauptung gestattet werden kann, dürfte folgender Satz entscheiden: Ueberall, wo die Aeußerung, wegen welcher die Injurienklage erhoben wird, keine strafbare Ehrenkränkung oder Verläumdung begründet, oder wo wegen der Aeußerung ihrem Inhalte nach den Beklagten eine Strafe trifft, die Aeußerung mag wahr seyn oder nicht, ist auch der Beweis der Wahrheit der Thatsache unzulässig. Die Wahrheit dieses Satzes rechtfertigt sich dadurch, daß der Staat vor Gericht keine überflüssigen, daher auch nicht irrelevanten Beweise zulassen

Digitized by Google

darf, indem nur das, was zum Zwecke einer gerechten Entscheidung als Mittel dem Gerichte nothwendig ist, Gegenstand einer gerichtlichen Verhandlung werden darf, damit nicht die Thätigkeit der Richter nutzlos in Anspruch genommen, und unnöthige Kosten verursacht werden. Das Irrelevante trägt aber zum Ausgange des Streits nichts bei, und ein Beweis von Thatsachen, die in Bezug auf die Urtheilsfällung den nämlichen rechtlichen Einfluß haben, sie mögen wahr seyn oder nicht, muß als irrelevant verworfen werden. Bei Injurien würden durch die Gestattung solcher irrelevanten Beweise noch neue Nachtheile entstehen. Der Schändliche, welcher einen Andern kränken will, würde seinen Zweck noch leichter erreichen, wenn er Thatsachen beweisen dürfte, deren Veröffentlichung dem Andern unangenehm ist. Würde dann auch der Injuriant bestraft, so hätte er doch durch die gestattete Beweisführung dem Injurirten noch eine größere empfindliche Kränkung zugefügt. Wenden wir den oben aufgestellten Satz auf die verschiedenen Thatsachen an, welche Gegenstand einer Injurienklage werden können, so ist bei dem Vorwurfe von moralischen Schwächen eben so wenig als bei der Beschuldigung körperlicher oder geistiger Mängel eine Beweisführung zulässig; denn entweder liegt in solchen Vorwürfen kein Grund zu einer Injurienklage, oder die Aeußerung begründet eine Injurie ohne Rücksicht darauf, ob sie wahr ist oder nicht. Nach unseren, schon früher in diesem Archive gelieferten Ausführungen [4]) geht der Schutz, welchen der Staat durch Strafgesetze über Ehrenkränkungen gewährt, nur darauf, daß Niemand durch falsche Beschuldigungen als ein strafwürdiger oder unmoralischer Mensch dargestellt oder so behandelt werde, wie nur ein

4) Archiv des Criminalrechts XIV. S. 66. S. auch darüber gut v. Kettenacker das Verbrechen der Ehrenverletzung S. 5.

Digitized by Google

Mensch, den man verachtet, behandelt wird. Darnach kann Niemand eine Injurienklage erheben, wenn ein Anderer seine Meinung ausspricht, daß Jener keine großen Talente habe, oder daß er ihn nicht für fähig halte, eine gewisse Erfindung, von deren Urheber die Rede ist, zu machen, oder daß eine Person nicht großmüthig sey; denn alle diese Aussprüche sind Meinungen und Urtheile, die frei seyn müssen, wenn nicht jeder gesellige Verkehr zerstört werden soll, wo auch der Staat schon deswegen keine Bestrafung annehmen darf, weil der moralische und rechtliche Werth eines Menschen dadurch nicht leidet, daß er die Talente nicht besitzt, oder keine großen Erfindungen machen kann, und weil der Staat doch keine Präsumtion aufstellen kann, daß jeder Mensch große Talente besitze, oder der höchsten Tugenden fähig sey; oder eine Garantie dafür leistet, daß jeder, der als Schauspieler oder als Professor auftritt, auch Ausgezeichnetes leiste [5]). Eine Beweisführung bei Gericht ist hier unzulässig, weil keine Injurie vorliegt. Bei Aeußerungen, die einen Vorwurf von körperlichen Gebrechen enthalten, wird Alles darauf ankommen [6]), ob in der Form und nach den Umständen, unter welchen die Aeußerung geschah, eine Ehrenkränkung vorliegt. Es ist anerkannt, daß es keine Injurie seyn kann, wenn Jemand von demjenigen, der nur ein Auge hat, oder lahm ist, diese Eigenschaft aussagt, z. B. weil er dies thut, um auszusprechen, daß ein solcher Mann zu einem gewissen Geschäfte nicht tauge; die Indelikatesse ist noch keine Injurie. Sagt Jemand von einem Andern ver-

5) Diese Ansichten, die ich in dem N. Archive Bd. XIV. S. 76. vortrug, sind auch anerkannt von Ghassan Traité des délits Vol. I. p. 341. — und v. Kettenacker im Archiv für die Rechtspflege in Baden IV. S. 592.

6) Archiv des Criminalrechts Bd. XIV. S. 86. Tittmann Handbuch II. S. 219.

Digitized by Google

borgene körperliche Gebrechen aus, z. B. Hodenbruch, oder daß er zeugungsunfähig sey, so kann darin auch Indelikatesse oder strafbare Verletzung eines Geheimnisses liegen, aber es ist keine Injurie. Wenn aber Jemand in einer öffentlichen Gesellschaft ohne alle Veranlassung von einem Andern dies sagt, wenn er in einer solchen Gesellschaft einer Dame vorwirft, daß sie wie ein Kind das Bett beschmutze, so wird hier häufig der Fall sich so gestalten, daß in dieser Handlungsweise eine Absicht zu beschimpfen liegt, in sofern man eine Person, die man achtet, nicht durch eine so indiscrete Veröffentlichung herabsetzen wird, so daß das Benehmen als Ausdruck der Verachtung angesehen werden kann. Ergiebt sich aber dies, so kommt es auf den Beweis der Wahrheit jener Gebrechen nicht an; denn das Unrecht liegt nicht in der Andichtung, sondern in dem ehrenkränkenden Benehmen. Auf ähnliche Weise werden auch die Fälle zu beurtheilen seyn, wenn Jemand dem Andern den Mangel geistiger Eigenschaften vorwirft. Ohnehin wird oft ein solcher Vorwurf eine Injurie deswegen enthalten, weil der Geschmähte in seiner Standesehre dadurch angegriffen wird [7]).

II. Eine Beschränkung des Beweises der Wahrheit könnte auch gedacht werden, A) in sofern als das Gesetz nur dann durch den gelieferten Beweis die Strafe aufheben läßt, als zugleich sich ergiebt, daß nicht wegen vorhandener böser Absicht bei dem Vorwurfe der Aeußernde ein Unrecht begangen hat. Eine Bestimmung dieser Art, durch welche der Gesetzgeber die Zulässigkeit des Beweises beschränkt, könnte selbst wieder doppelt gedacht werden: entweder a) in sofern das Gesetz nur da von Strafe befreit, wenn der, welcher den Beweis der Wahrheit liefert, zugleich die gute Absicht bei seiner Aeußerung nachweist, oder

7) v. Kettenacker über Ehrenverletzung S. 27.

Digitized by Google

b) in sofern als das Gesetz den Beweisenden von Strafe befreit, wenn nicht die böse Absicht bei seiner Aeußerung sich ergiebt. Weder in der ersten noch in der zweiten Fassung möchten wir die Vorschrift dem Gesetzgeber empfehlen. Schon überhaupt ist der Ausdruck: gute oder böse Absicht, hier ein sehr unbestimmter. Wenn A, der um den Charakter des B gefragt wird, von dem B aussagt, daß dieser ein Mädchen verführt und verlassen habe, und dies beweist; wenn aber dargethan wird, daß er dies geäußert habe, um dem B, der sein Nebenbuhler in Bezug auf die Liebe eines Mädchens ist, das Mädchen zu rauben, oder wenn Jemand etwas von dem Andern aussagt, um sich oder seinem Freunde eine Stelle zu verschaffen, in Ansehung derer sich der Andere bewirbt, so fragt man: ob ein solcher, wenn er beweist, doch bestraft werden soll, weil er keine gute Absicht bei der Aeußerung hatte? Man verletzte die Ansichten des gesunden Menschenverstandes, wenn man hier strafen wollte. Die Absicht mag eine egoistische, selbst eine unmoralische seyn; deswegen aber ist sie noch nicht im Sinne des Gesetzes eine strafwürdige. Ohnehin wird es sehr schwierig seyn, die wahre Beschaffenheit der Absicht als eines innern Zustandes mit Sicherheit durch eine Untersuchung zu ermitteln. Häufig wird die Gränze der Erkennung des Strafwürdigen und Erlaubten sehr fein seyn, so daß der Gesetzgeber lieber von solchen feinen Rücksichten nichts abhängen läßt. Man denke sich den Fall[8]), daß ein Mädchen mit einem vornehmen Mann als Concubine Jahre lang lebt, und plötzlich in Folge von Mißhelligkeiten sich von dem Geliebten trennt und in eine entfernte Gegend zieht, wo man ihre bisherige Lebensweise nicht kennt. Der Geliebte reist ihr nach, wünscht ihre

8) Er wurde im englischen Parlamente angeführt, law magazine Heft 24. S. 438.

Digitized by Google

Rückkehr in sein Haus zu bewirken, und macht, um seine Absicht zu erreichen, in der Gegend allgemein bekannt, daß das Mädchen vorher seine Maitresse war. Welche feine Nüancen können in diesem Falle nach den besonderen Umständen die Art der Absicht desjenigen, der die Aeußerung macht, verändern! Wenn z. B. das Mädchen zu ihren Eltern reuig zurückkehrte, wenn sie durch ihr Betragen an dem neuen Wohnorte allgemeine Achtung sich erwarb, wenn sie vielleicht im Begriff ist, als Braut die Hand eines würdigen Mannes anzunehmen, und plötzlich der frühere Geliebte, sey es aus Eigennutz, oder aus Rache, oder aus Liebe, oder aus Muthwillen durch seine Erzählung ihr Lebensglück zerstört: wie soll der Richter die Fälle beurtheilen? Macht der Gesetzgeber in solchen Fällen die Strafe von der guten oder bösen Absicht abhängig, so läuft er Gefahr, den Richter zum Gewissensrichter zu machen, was viele Bedenklichkeiten hat.

B) Eine andere Beschränkung kann sich auf die Beweismittel beziehen, welche das Gesetz zulassen will. Die oben angegebene Gesetzgebung des Code pénal erkennt als zulässige preuve légale nur die, welche durch gerichtliche Urtheile oder andere öffentliche Urkunden geliefert wird. Diese Beschränkung taugt nichts, weil dann über manche Handlungen, die Jemand dem Andern vorwirft, kein Beweis geführt werden kann, ungeachtet die Handlung wahr ist. Mag die schändliche Handlung noch so öffentlich vorgegangen seyn, so daß sie notorisch ist, so wird doch derjenige, welcher sie erzählt, wenn der Andere die nöthige Unverschämtheit hat und Klage erhebt, weil er weiß, daß nach dem gesetzlichen Ausspruch kein Beweis geführt werden darf, als Verläumder bestraft werden. Ist von Handlungen einer Person die Rede, welche nach dem Landesgesetze keine Strafe begründen, so wird der Angeschuldigte, der wegen Verläumdung prozessirt wird, durch kein Urtheil den Be-

Digitized by Google

weis führen können, eben so wenig in dem Falle, wo das Vergehen verübt wurde, aber nicht zur gerichtlichen Anzeige kam. Wenn z. B. A, der wegen des Charakters von B, welcher eben als Erzieher eines jungen Mädchens in eine Familie treten will, befragt wird, einfach erzählt, daß A schon in zwei Familien wegen Verführung junger Mädchen oder unsittlichen Benehmens forgejagt worden sey, so wird A als Verläumder bestraft werden müssen, wenn auch zwei ehrenwerthe Männer, welche den B früher in ihren Familien hatten und ihn fortjagten, weil sie in flagranti delicto ihn erwischten, zum Beweise sich erbieten. Wie oft genügt es für jeden Verständigen, wenn eine in einem ausländischen Zeitungsblatt eingerückte Bekanntmachung zum Beweise producirt wird; das Gesetz gestattet den Beweis nicht, und nöthigt den Richter, der vielleicht eben so von der Wahrheit der vorgeworfenen Thatsache überzeugt ist, den Mann, welcher unbefangen die Wahrheit aussprach, als Verläumder zu bestrafen. — Eine solche legislative Klugheit ist eine ungesunde, die auf den Beifall der öffentlichen Meinung nicht rechnen darf.

C) Die wichtigste Beschränkung ist die in Bezug auf Verläumdungen, welche durch die Presse verübt werden. In allen neuen Preßgesetzen ist die Befugniß, die durch die Presse verbreiteten Thatsachen zu beweisen, mehrfach beschränkt worden. Nach dem belgischen Preßgesetz[9]) ist der Beweis nur erlaubt, wenn Thatsachen, die auf das Amt des Injurirten sich bezogen, einem Beamten oder Agenten der Regierung, oder einer Person vorgeworfen werden, die einen öffentlichen Charakter hat. Das Nämliche verfügt das portugiesische Preßgesetz[10]).

9) vom 20. Julius 1831. Art. 5. (in der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung VI. S. 164.)

10) von 1835 (in der erwähnten Zeitschrift VII. S. 475.).

Digitized by Google

Das luzerner Preßgesetz [11]) gestattet Jedermann, erweisbare Thatsachen und Handlungen durch die Presse bekannt zu machen, darüber zu urtheilen oder seine Meinung auszusprechen, jedoch dürfen die Aeußerungen nicht in ehrenkränkenden Ausdrücken geschehen. Nach dem Preßgesetz von Neuchatel [12]) ist der Beweis der Wahrheit zulässig, wenn er durch Urtheile geführt werden kann. — Das badische Preßgesetz und das Gesetz über Ehrenkränkungen gestatten bei den durch die Presse verbreiteten Thatsachen keinen Beweis der Wahrheit in der Regel, lassen aber Ausnahmen dann zu, wenn die verbreitete Thatsache den Vorwurf eines mit Corrections- oder Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechens enthält, oder der Verbreiter zur öffentlichen Bekanntmachung ein unbestimmtes privatrechtliches oder staatsbürgerliches Interesse hatte. — Unfehlbar hat jeder Gesetzgeber Gründe, die durch die Presse verübten Verläumdungen weit strenger zu bestrafen, als die mündlichen. Die Verschuldung steigt schon durch die Präméditation, mit welcher bei der Person der Verläumder seine Aeußerung macht im Gegensatze der mündlichen, oft durch schnelle Frage eines Andern hervorgerufenen, in der Ueberraschung ausgesprochenen Aeußerung; auch objectiv ist wegen der Dauer, indem die Injurie durch die Presse perpetuirt wird, der Schaden größer. Der Gesetzgeber hat aber auch das höchste Interesse, nicht zu dulden, daß die Presse ein Werkzeug der Bosheit, ein Mittel der Klatschereien werde, welche das Privatleben der Bürger an das Licht zieht, von jedem Fehler unbarmherzig den Schleier des Geheimnisses reißt, und dadurch öffentliches Aergerniß stiftet und Familienunglück herbeiführt. So groß das

11) vom 13. Juni 1832 (Zeitschrift V. S. 1141.).

12) vom 25. October 1831. Art. 23. (in der Zeitschrift IV. S. 482.).

Digitized by Google

Interesse an der Aeußerung der Wahrheit ist, so ist doch das Interesse größer, daß die Presse nicht mißbraucht werde, weil es bekannt ist, daß die Leidenschaft dieses Mittels sich gern bedient. Auch treten jene Gründe, aus welchen der Gesetzgeber im gewöhnlichen Verkehre vertrauliche Aeußerungen als straflos erkennen muß, wenn die Wahrheit der Thatsache bewiesen werden kann, bei der Verbreitung durch die Presse nicht ein. Man kann in einer Gesellschaft durch den Hochmuth oder die Prahlerei oder Unart eines Menschen veranlaßt werden, ihm eine wahre Thatsache vorzuwerfen, man kann durch die Anfrage einer Person, welche über eine andere Aufklärung erhalten will, ehe sie mit ihr in ein Geschäftsverhältniß sich einläßt, aufgefordert seyn, die Wahrheit, wenn sie auch dem Andern unangenehm ist, auszusprechen; allein Niemand hat in der Regel nöthig, durch die Presse zum Publikum über den Werth eines Andern zu sprechen und Fehler aufzudecken, über Privatgeheimnisse zu reden, oder das Publikum zu warnen. Wer das Mittel der Presse hiezu wählt, wird regelmäßig durch Leidenschaft, nicht durch eine gute Absicht und das Streben nach Wahrheit geleitet. So richtig dies in der Regel ist[13]), so muß aber dennoch der Gesetzgeber erkennen, daß auch Ausnahmen vorkommen, in welchen der Beweis der Wahrheit zugelassen werden muß, und zwar ist dies überall der Fall, wo der Urheber der öffentlichen Verbreitung a) als Privatmann, oder b) als Staatsbürger ein rechtliches Interesse hatte. Das Erste tritt ein, wo Jemand in einem Prozesse einem Andern gegenüber steht, und durch die Nachweisung unerlaubter Handlungen der Andere in Bezug auf eine prozessualische Handlung sein Interesse verfolgt, z. B. wenn er zeigen kann, daß der Andere ein Verbrechen

13) S. noch v. Kettenacker über Ehrenverletzung S. 51.

Digitized by Google

oder eine unmoralische Handlung verübte, welche ihn von dem Rechte, einen Eid zu leisten oder als Zeuge aufzutreten, ausschließt, oder wo von der Eingehung eines Geschäfts die Rede ist, z. B. von einem Gesellschaftsvertrage, und wo Jemand nachweist, daß einem Andern ein gewisses Geschäft als Factor nicht anvertraut werden kann. Ein staatsbürgerliches Interesse hat Jemand entweder, wenn er in Bezug auf die von einem Andern verübten Verbrechen öffentlichen Behörden sie anzeigt, oder wenn er bei Wahlen, z. B. wenn Jemand als Deputirter, als Bürgermeister oder Gemeinderath gewählt werden soll, die Unwürdigkeit des Andern zu der Stelle durch Anführung von Thatsachen nachweist. Die bloße Qualität als Staatsbürger genügt hiezu, und wenn er die Handlungen des Andern auch öffentlich bekannt macht, so handelt er befugter Weise, weil das Publikum ein Interesse hat, daß kein Unwürdiger sich einschleiche. Selbst in Bezug auf Staatsbeamte wegen ihrer Amtshandlungen kann ein solches staatsbürgerliches Interesse obwalten. Es versteht sich dabei, daß das Interesse [14]) nicht so weit gehen kann, auch Handlungen des reinen Privatlebens, deren Bekanntmachung auf die Wahlen oder das öffentliche Leben keinen Einfluß haben kann, durch die Presse zu verbreiten.

§. V. Verbreitung wahrer Thatsachen als strafwürdige Ehrenkränkung.

Wenn wir bisher nachzuweisen suchten, daß der Beweis der Wahrheit der vorgeworfenen Thatsachen von der

14) Abegg in Demme's Annalen Bd. IV. S. 270. bezweifelt, ob die hier vorausgesetzten Interessen immer zu dem Mittel der Presse zu schreiten nöthigen. Dies ist richtig; allein wo ein solches Interesse erweislich ist, muß der Gesetzgeber entschuldigen, wenn auch Jemand bei der Verfolgung des erlaubten Interesse zu weit ging. Die Umstände des einzelnen Falles werden den Richter hier leiten müssen.

Digitized by Google

Strafe befreien müsse, so ist es doch eben so wahr, daß Fälle vorkommen, in welchen zwar durch den Beweis der Thatbestand der Verläumdung wegfällt, weil man durch den Vorwurf einer wahren Thatsache nicht verläumden kann, wo aber die Handlung doch als Ehrenkränkung strafbar seyn kann. Es scheint, daß man am richtigsten dies auf die Art, wie Feuerbach[1]) es gethan hat, auch in dem Gesetzbuche aufstellen könnte, nämlich daß dann ungeachtet der Wahrheit der Thatsache der Angeschuldigte strafbar ist, wenn die Injurie nicht unter der die Verächtlichkeit und Herabwürdigung ausdrückenden Form verübt ist; allein eine solche Bestimmung dürfte kaum zu empfehlen seyn[2]). Schon überhaupt wird durch die Unbestimmtheit des Ausdrucks der Richter leicht irre geleitet. Man fragt[3]): ob nach dem Willen des Gesetzgebers schon Strafe eintreten soll, weil derjenige, der die wahre Thatsache anführte, sich dabei heftiger, derber Ausdrücke bediente, z. B. wenn die Handlung des Andern als eine niederträchtige, schändliche getadelt wird, oder weil unter den obwaltenden Umständen dem Geschmähten eine Aeußerung sehr empfindlich wird, z. B. weil ihm der Vorwurf in Gegenwart vieler Personen oder solcher Menschen gemacht wurde, an deren Achtung ihm besonders lag, oder weil der, welcher die Aeußerung machte, in seinem Urtheile excedirte, z. B. von dem A sagt, daß vor ihm kein fremdes Eigenthum sicher sey, und dann anführt, daß A schon gestohlen habe? Es ist kaum zu billigen, wenn der Gesetzgeber die Strafe nur von der Heftigkeit der Aus-

1) Im Lehrbuch des peinl. Rechts §. 289.

2) S. auch Zum Bach Ansichten S. 304.

3) v. Kettenacker in der Schrift: das Verbrechen der Ehrenverletzung S. 48, giebt auch an, wie verschieden in der Praxis der Satz, daß Strafe eintrete, wenn die Injurie in der Form liegt, verstanden wurde.

Digitized by Google

drücke abhängig machen wollte; er läuft dann Gefahr, auch Unschuldige zu strafen. Die Redeweise der Menschen hängt mit ihrer Individualität zusammen. Während A das, was ihm gefällt, mit Uebertreibungen göttlich nennt, und das, was ihm mißfällt, niederträchtig heißt, bedient sich der ruhige, kältere B des Ausdrucks: gut oder schön, und erklärt bei dem, was ihm tadelnswerth scheint, daß er es nicht für recht halte. Soll blos wegen dieser verschiedenen Redeweise den A die Strafe treffen? Nicht selten preßt dem kräftigen offenen Manne das überwallende moralische Gefühl, wenn er etwas Schlechtes sieht oder hört, einen starken Ausdruck ab. — Das Urtheil über fremde Handlungen muß erlaubt seyn; es dürfte schwierig seyn, auf der Goldwaage die Ausdrücke des Urtheils abzuwägen, und ungerecht werden, Jeden zu strafen, der stärker als der ruhige Richter sich ausspricht. Selbst aus der unpassenden Wahl des Orts oder der Zeit, in welcher eine Aeußerung gemacht wird, sollte man nicht einen Grund ableiten, Strafe eintreten zu lassen. Wer z. B. im Wirthshause einem Andern eine schändliche erweisbare Handlung vorwirft, mag sehr indelikat handeln, aber man kann doch leicht Fälle sich denken, in welchen eine Strafe unpassend wäre, z. B. wenn Jemand durch das Benehmen des Andern, z. B. Prahlerei oder Unart gereizt, in die Lage kommt, das, was er von dem Andern weiß, ihm vorzuwerfen. — Am richtigsten geht der Gesetzgeber davon aus, daß er zwar das Recht der Bürger anerkennt, Wahrheit, auch wenn sie Andern schmerzlich ist, zu äußern, daß er aber nicht die Leidenschaft in Schutz nimmt, welche unter diesem Deckmantel der Wahrheit Befriedigung sucht, daß er eben so wenig den Bürgern das Recht einräumt, selbst über ihre Mitbürger, wenn sie auch noch so schuldig sind, ein Strafgericht auszuüben, und den Fehlenden nie als einen Menschen zu behandeln, der keiner Ehre mehr fähig

Digitized by Google

ist und auf den Schutz der Gesetze keinen Anspruch mehr haben sollte. Man zweifelt nicht, daß derjenige, welcher den A, weil er ein Mädchen verführete, tüchtig durchprügelt, Strafe verdient, wenn er sich auch darauf beruft, daß er die schlechte Handlung des A beweisen könne; eben so wenig kann derjenige straflos seyn, welcher einen Andern auf eine Weise behandelt, die der Ausdruck der Verachtung ist, obgleich der Andere eine schändliche Handlung verübte. Mit Recht wird daher das Gesetz erklären [4]), daß die Erzählung einer wahren Thatsache straflos sey, wenn sie nicht auf eine Art geschieht, die an sich eine Ehrenkränkung für den Andern enthält. Dies ist der Fall 1) wenn Jemand einen Andern mit Beschimpfungen überhäuft und nun den Vorwurf einer Handlung, die er beweisen will, hinzufügt, oder 2) wenn er eine symbolische Injurie oder Realinjurie mit dem Vorwurfe der Handlung verbindet, z. B. Jemanden mit Koth überdeckt, und erklärt, daß der, welcher diese oder jene Handlung verüben konnte, nichts Besseres verdiene; 3) wenn Jemand ohne alle Veranlassung absichtlich die Umstände so wählt, um durch den Vorwurf von Thatsachen, die zwar strafbare oder unsittliche Handlungen enthalten, und die er beweisen kann, den Andern öffentlich herabzuwürdigen, z. B. wenn Jemand in einem Theater oder in einer Kirche dem Publikum erzählt, daß eine Dame in jeder Nacht Liebhaber in ihr Schlafgemach kommen lasse; oder wenn 4) Jemand dem Andern entschieden seine Verachtung ausdrückt, z. B. erklärt, daß ein Mensch wie A gar nicht würdig sey, daß ein Ehrenmann neben ihm sitze, weil A ein Mädchen, das er schwängerte, verließ. In solchen Fällen mag der Angeschuldigte, wenn er Thatsachen beweist, von der Strafe der Verläumdung frei werden; die

4) Dies thut das sächsische Gesetzbuch Art. 196.

Digitized by Google

Strafe der Ehrenkränkung kann ihn treffen. Wir geben zu, daß bei der Beurtheilung dieser Fälle der Richter die höchste Vorsicht anwenden muß, und nicht leicht blos wegen der unpassend gewählten Form, Strafe der Injurie eintreten lassen darf, vielmehr nur da Strafe erkennen soll, wo sich aus allen Umständen die Absicht, den Andern verächtlich zu behandeln, ausspricht. Schwierig kann auch oft die Frage werden, ob dadurch, daß Jemand einem Andern, welcher wegen eines Verbrechens bestraft worden ist, die erlittene Strafe oder das verübte Verbrechen vorwirft, eine Strafe verwirkt werde [5]). Der Fall kann unter höchst verschiedenen Umständen vorkommen. A, gegen den in einem Prozesse B als Zeuge producirt werden soll, wirft ihm vor, daß B schon wegen Fälschung zum Zuchthause verurtheilt war. C erklärt, daß er dem D, welcher um die Hand seiner Tochter nachsucht, sie nicht gebe, weil D schon im Arbeitshause war. E wirft ohne alle Veranlassung in einem Gasthofe öffentlich dem F vor, daß dieser im Zuchthause gesessen, und nicht in den Kreis ehrenwerther Männer gehöre. Verläumdung kann der bloße Vorwurf einer wahren Thatsache nicht seyn; auch kann das Gesetz doch den Bürger nicht strafen, wenn er nur die Wahrheit aussagt: sobald aber der Vorwurf nur gemacht wird, um dem Bestraften Verachtung auszudrücken und diese Absicht aus allen Umständen erhellt, mag eine Strafe gerecht seyn, weil der Bestrafte sein Verbrechen gebüßt hat, und der Staat denjenigen, der sich bessern will, gegen Vorwürfe in Schutz nehmen muß, durch welche dem Bestraften die Möglichkeit eines ehrlichen Fortkom-

5) Das oldenburgische Strafgesetzbuch Art. 35. bedroht diese Handlung, oder auch, wenn Jemand dem Bestraften oder seinem Verwandten wegen des Verbrechens Verachtung durch Worte oder Handlungen zu erkennen giebt, mit 8—14tägigem Gefängniß.

Digitized by Google

mens in dem bürgerlichen Leben entzogen, und er in der Entwickelung seiner Besserung gehindert wird.

§. VI. Einfluß des guten Glaubens, mit welchem Jemand eine Aeußerung für wahr hält — und Verbreitung nachtheiliger Gerüchte.

Nicht selten kann zwar dem Angeschuldigten nicht nachgewiesen werden, daß er wissentlich falsche Thatsachen von dem Andern aussagte; allein die Sache stellt sich so, daß er das, was er dem Andern vorwarf, nicht zu beweisen im Stande ist. Hier wird die Frage bedeutend: ob ein solcher gleichfalls mit der Strafe der Verläumdung belegt, also demjenigen gleichgestellt werden soll, der mit dem Bewußtseyn der Unwahrheit ehrenkränkende Thatsachen von einem Andern verbreitet? Man bemerkt leicht, daß in den Fällen, wo kein Bewußtseyn der Unwahrheit vorliegt, eigentlich nur eine culpa zum Grunde liegt, und nun kommt es auf die Frage an: wie weit der Gesetzgeber auch hier Strafe drohen will? In der würtembergischen Kammer trug die Commission der zweiten Kammer [1]) darauf an, daß auch derjenige, welcher eine einem Andern nachtheilige Thatsache hörte und bei einigem Nachdenken Verdacht der Unwahrheit hätte schöpfen müssen, dennoch aber die Thatsache weiter verbreitete, bestraft werden soll, jedoch geringer als der Verläumder, und daß alles darauf ankommen sollte, ob er zureichende Gründe hatte, die Thatsache für wahr zu halten. Bei der Berathung in der Kammer [2]) erhob sich ein heftiger Widerspruch; v. Wächter suchte vorzüglich zu zeigen, daß durch einen solchen vorgeschlagenen Beisatz zu viele Klatschereien begünstigt würden; er stellte den Antrag, daß da, wo Jemand die Wahrheit seiner Aussage

1) Commissionsbericht S. 343.

2) Sitzung 49. S. 76—78.

Digitized by Google

sage nicht beweisen kann, oder seinen Gewährsmann für die auf Hörensagen gegründete Nachrede nicht nachzuweisen vermag, die Hälfte der Strafe der Verläumdung erkannt werden soll; die Mehrheit der Kammer nahm diesen Antrag an. Die Kammer der Standesherren hatte die Annahme dieses Artikels abgelehnt; allein die zweite Kammer beharrte bei ihrem Beschlusse. Das sächsische Strafgesetzbuch [3]) wählte einen andern Weg, indem darauf die Verbreitung eines der Ehre oder andern nachtheiligen Gerüchts ohne Kenntniß von dessen Unwahrheit mit Gefängniß bis drei Wochen oder Geldstrafe geahndet wird; die Mittheilung eines solchen Gerüchts an dabei betheiligte Personen in deren Interesse wird als straflos erklärt. Der badische Entwurf [4]) stellt denjenigen, der wissentlich falsch aussagt, demjenigen gleich, welcher Handlungen, die im §. 245. Verläumdungen enthalten, von einem Andern aussagt, ohne daß er zureichende Gründe hat, sie für wahr zu halten. Dieser Vorschlag ist deswegen getadelt worden, weil dadurch die culpose Handlung [5]) der dolosen Verläumdung gleichgestellt werde. Unfehlbar müssen verschiedene Fälle unterschieden werden: I. der Fall, wo Jemand die einem Andern nachtheilige Thatsache als Gerücht erzählt, also selbst nur angiebt, daß man in der Stadt von dem Andern die Thatsache erzähle; II. der Fall, wo Jemand eine dem Andern nachtheilige Thatsache, gleichsam wie ein Zeuge, als gewiß angiebt. Der erste Fall kann wieder verschieden vorkommen: 1) entweder führt Jemand nur die Thatsache des vorhandenen Gerüchts an, z. B. daß A durch das Gerücht als Dieb beschuldigt werde; 2) oder der Erzählende, der das Gerücht anführet, fügt

3) Art. 195.

4) Art. 246.

5) v. Kettenacker über Ehrenverletzung S. 80.

Digitized by Google

hinzu, daß er dasselbe für wahr hakte, und daß er glaube, daß der Andere das Vergehen verübte. Es kann dies Erzählen von Gerüchten wieder geschehen a) in einem vertraulichen häuslichen Kreise, oder an Personen, die ein Interesse hatten, auch Gerüchte, die über einen Andern circuliren, kennen zu lernen, z. B. wenn der Freund dem Andern, welcher dem A ein wichtiges Geschäft anvertrauen will, das nachtheilige Gerücht mittheilt; oder b) es kann die Mittheilung des Gerüchts unter Umständen geschehen, wo der Urtheilende weiß, daß nun allgemein die Thatsache werde verbreitet werden. In dem oben angeführten zweiten Falle kann die Verbreitung der nachtheiligen Thatsache so geschehen, daß a) der Verbreitende ohne weitere Prüfung der Wahrheit das, was er von Andern hörte, als Wahrheit weiter erzählt, z. B. wo Jemand in einem Wirthshause von ganz fremden Menschen etwas hört und als wahr verbreitet; daß b) Jemand von einem ehrenwerthen Manne eine Aeußerung hörte und sie auf den Grund dieses Zeugnisses als wahr angiebt; oder c) daß Jemand etwas von einem ihm als Lügner oder leichtsinnigen Menschen bekannten Manne erzählen hört, und doch als Wahrheit verbreitet. Prüft man die angeführten Fälle näher, so darf man vorerst den Satz aufstellen: daß überall, wo Jemand sich nur auf die einfache Erzählung eines Gerüchts als solchen beschränkt und die Existenz dieses Gerüchts beweisen kann, die Strafe wegfällt, weil er nur ein Gerücht anführte und weder eine nachtheilige Handlung dem Andern andichtete, noch eine Verachtung dem Andern ausdrückte. Das Nämliche muß eintreten, wo der Erzählende für seine auf Hörensagen ausdrücklich gegründete Nachrede den Gewährsmann, von dem er sie hörte, anführen kann. Auch hier dichtete er dem Andern keine nachtheilige Handlung an, und setzt, indem er den Gewährsmann sogleich anführt, Jeden in den

Digitized by Google

Stand, selbst zu prüfen, ob er nach der Individualität dieses Gewährsmanns die Thatsache glauben will oder nicht. Sobald dagegen Jemand eine dem Andern nachtheilige Thatsache anführt und als wahr erzählt, nicht blos als Gerücht angiebt, kann er von der Strafe der Verläumdung dadurch nicht frei werden, daß er auf das Gerücht oder darauf, daß er es von Andern hörte, sich beruft; denn hier trat er selbst als beschuldigend auf; er behauptete positiv, und erscheint so lange als strafbar, als er das, was er behauptet, nicht beweisen kann. Nur sollte der Umstand, daß bei dem Beschuldiger nicht das Bewußtseyn der Unwahrheit vorhanden war, sondern daß er seine Beschuldigung für wahr zu halten Gründe hatte, den Richter berechtigen, eine geringere Strafe anzuwenden [6]). Die Hauptfrage ist: ob das Gesetz auch da, wo Jemand ein Gerücht als solches leichtsinnig ohne Kenntniß der Unwahrheit verbreitete, oder zwar ohne Absicht zu verläumden, eine nachtheilige Thatsache ohne hinreichende Gründe sie für wahr zu halten, verbreitet, eine Strafe drohen soll. Es ist klar, daß ohne ein specielles Gesetz, das eine solche Drohung enthält, der Richter nicht befugt seyn kann, Strafe in diesen Fällen eintreten zu lassen, weil hier nur eine culpose Injurie vorliegt und eine solche gemeinrechtlich nicht als strafbar erscheint. Es spricht zwar für die Aufnahme einer solchen Strafdrohung die Rücksicht, daß durch solche leichtsinnige Menschen, die jedes Gerücht verbreiten, viel Nachtheil gestiftet werden kann, daß der Staat von Jedem, ehe er etwas weiter erzählt, auch eine verständige Prüfung, ob das Erzählte wahr ist, fordern kann; allein gegen dies Gesetz spricht die entscheidende Rücksicht, daß man überhaupt das Strafgebiet auf

6) Darnach sollte auch der Art. 146. des badischen Entwurfs anders gefaßt werden.

Digitized by Google

bloße culpose Handlungen nicht leicht ausdehnen soll, und daß der Gesetzgeber Gefahr läuft, auch den bloßen Unverstand zu strafen, und daß immer die richterliche Beurtheilung mißlich ist, ob der Erzählende das Gerücht für wahrscheinlich halten konnte oder nicht. Offenbar müßte dabei der Richter in die ganze Individualität desjenigen, der ein solches Gerücht verbreitet, sich versetzen, und prüfen, ob für diese Person das Gerücht als ein völlig grundloses oder als ein wahrscheinliches erscheinen konnte.

Digitized by Google

II.

Beiträge zur Lehre von dem Verbrechen der Fälschung,

insbesondere

über falsche Wagen,

veranlaßt durch einen Rechtsfall,

von

Birnbaum.

(Beschluß von Nr. XIX. Jahrg. 1838. Heft 4.)

Wenn nun aber ein Gesetzgeber, wie es heut zu Tage gewöhnlich geschieht, analogische Gesetzanwendung in Strafsachen ausdrücklich verbietet, so enthält die Frage, in wiefern das Haben solcher Wagen an sich, oder der Gebrauch falscher Wagen strafbar sey, eine besondere Bedeutung, da die neueren Gesetzbücher meistentheils nur Bestimmungen über falsches Gewicht, aber keinerlei Bestimmungen über falsche Wagen enthalten, und bei der Seltenheit des Falles auch nicht leicht angenommen werden kann, ein Gesetzgeber habe, von falschem Gewicht allein redend, wenigstens mit an falsche Wagen gedacht, auf solche Fälle also auch nicht die gesetzliche Strafbestimmung durch logisch ausdehnende Interpretation, deren Wesen im Unterschiede von Analogie man gewöhnlich auf diese Weise bezeichnet [22]), wird bezogen werden

22) Vgl. auch von Weber a. a. O. S. 321, wo nebst der logisch ausdehnenden richterlichen Interpretation auch hinsichtlich unserer neueren Gesetzbücher die analogische Gesetzanwendung für zulässig, wenigstens die Gesetzesanalogie für unentbehrlich gehalten wird, mit Beziehung auf Oersted, Roßhirt, Bauer.

Digitized by Google

können, wenn gleich der Grund jener Strafbestimmung auch ihre Beziehung auf solche Fälle erheischen sollte [23]).

Bei Beurtheilung des mehrerwähnten Erkenntnisses des Amsterdamer Polizeigerichts hat nun auch Moll, hierin der Ansicht der holländischen Praktiker folgend, um die von ihm behauptete Nichtanwendbarkeit der im französischen Gesetzbuch über falsches Gewicht vorkommenden Bestimmungen auf falsche Wagen darzuthun, sich darauf berufen, daß bei Festsetzung des Art. 423. der Gesetzgeber an falsche Wagen gar nicht gedacht habe. Hiefür schien ihm ein Beweis in dem zu liegen, was bei der Sanction des Art. 423. von dem Staatsrathe Faure gesagt worden war, um die Verschiedenheit der in diesem Artikel und der im Art. 424. und in Art. 479. Nr. 5. und Nr. 6. enthaltenen Bestimmungen zu motiviren, namentlich in den Worten: l'usage de faux poids et fausses mésures comprend necessairement une fraude, was von dem Gebrauche falscher Wagen nicht eben so gesagt werden könne, da man ja auch mit falschen oder ungleichen Wagen dennoch sehr richtig zu wägen im Stande sey. Wir wollen die Richtigkeit dieser sowohl von Moll als von Faure gemachten Bemerkungen hier vorläufig dahin gestellt seyn lassen, übrigens aber gern zugeben, daß der Gesetzgeber der französischen Kaiserzeit bei den Bestimmungen über falsches Gewicht an falsche Wagen keineswegs gedacht habe. Dabei müssen wir aber auch bemerken, daß sowohl die angeführten Worte der Motive, als die gesetzlichen Bestimmungen selbst hinreichend darthun [24]),

23) Das jurisdictione supplere ob eamdem utilitatem in L. 13. D. de legib.

24) Ausgabe des Code pénal von Didot, Paris 1810. Vol. II. p. 261. Exposé des motifs de la loi contenant le Chapitre II. du titre II. du livre III. du Code. Cf. Locré législat. civile, comm. et crim. de la France T. XXXI.

Digitized by Google

der Gesetzgeber sey überhaupt darüber nicht vollkommen im Klaren gewesen, was man denn eigentlich unter falschem Gewichte zu verstehen habe, und dies wird uns auf fernere Unterscheidungen führen, auf die es uns besonders bei Erörterung der vorliegenden Frage anzukommen scheint [25]).

---

pag. 155. — und Rapport fait au corps législatif par Louvet in der angeführten Ausgabe des Code pénal p. 289.

25) Die Worte der Art. 423 u. 424. des Code pénal, die uns hier beschäftigen, waren im Projet de Code criminel von 1804 fast die nämlichen, im Art. 385 u. 386, nur standen z. B. anstatt: *cette fraude* im Art. 424, die Worte: *ces tromperies* im Art. 386. Auch findet sich in den acht Bänden der Observations des tribunaux fast nichts über die Redaction dieser Artikel bemerkt. Blos die Cour d'appel de Bordeaux, Observ. Vol. I. wollte im Art. 385. zu dem Worte *trompé* das Wort *sciemment* hinzugefügt! Die Cour de justice criminelle d'Indre et Loire, Observ. Vol. III. hatte zum Art. 385. Folgendes bemerkt: *L'usage des faux poids et fausses mésures* est un délit des plus graves, c'est un abus de la confiance publique, d'autant plus criminel, que cette confiance est en quelque sorte forcée. La détention pendant deux ans ne serait pas trop dure. Surtout s'il s'agit d'un marchand patenté qui est présumé avoir fait un usage journalier de ces poids et beaucoup des gains illicites; ce délit tient du *vol* et du *faux*, et ce mélange ne peut qu'ajouter à sa gravité. Les fabricateurs de faux poids et fausses mésures ne doivent pas rester impunis, la loi doit au moins prononcer contre eux la même peine, que contre ceux qui en font usage. Die Cour de justice criminelle de Seine et Oise, Observ. Vol. VI. beschränkt sich darauf, die Redaction der dem Art. 385. entsprechenden Artikel im ersten Titel des Gesetzes vom 22. Juli 1791 für vorzüglicher zu erklären. Dieses Gesetz hatte Titel I. Art 22. 23. u. 24, und im Titel II. Art. 40. von *infidélité des poids et mésures* gesprochen, und mit Rücksicht auf den Unterschied zwischen erster Uebertretung und Rückfall entweder Polizei- oder Correctionalstrafe verhängt. Ein Gesetz vom 1. Vendémiaire an IV machte es den Municipalitäten und Polizeiadministrationen zur Pflicht, öfters im Jahre Kaufläden u. dgl. zu besuchen: *à l'effet de s'assurer de l'exactitude des poids et mésures.* Gegen Uebertreter sollte Confiscation Statt finden, und dieselben, wenn ihnen *mouvaise foi* zur Last fiele, von dem Zuchtpolizeigerichte mit Geldbuße bestraft werden.

Digitized by Google

Ein Gesetzgeber kann nämlich den Begriff von falschem Gewichte entweder blos objectiv festsetzen, oder denselben subjectiv auf eine betrügerische Absicht beziehen, und eine Verschiedenheit des Begriffs werden wir auch fast überall finden, wo nebst dem Gebrauche auch das Haben falschen Gewichtes unter Strafe verboten ist. Die französische Gesetzgebung hat besonders seit 1789 eine Menge von Bestimmungen beiderlei Art aufzuweisen, und eben deshalb findet sich auch ein großes Schwanken in dem Begriffe selbst. Nicht nur allein ist noch im neuesten Strafgesetzbuch das Haben falschen Gewichtes als Polizeiübertretung, und der Gebrauch falschen Gewichtes als correctionelles Vergehen bestraft [26]), sondern es war auch in der früheren Gesetzgebung nebst den auf Veruntreuung in Maaß und Gewicht gesetzten leichteren, durch die Municipal- oder durch die Zuchtpolizeigerichte auszusprechenden Strafen [27]), zufolge des Strafgesetzbuchs von 1791 der Verkauf mit falschem Gewicht oder Maaß unter gewissen Umständen als Criminalverbrechen anzusehen, welches Verbrechen mit dem der Fälschung überhaupt unter dem Titel der Verbrechen gegen das Eigenthum zusammengestellt

---

26) Auch die neueste Revision des Strafgesetzbuchs vom 28. April 1832 hat die Redaction der Art. 423 u. 479. in dieser Hinsicht unverändert gelassen. Man vgl. A. Chauveau Code pénal progressif, Paris 1832. pag. 475 et 484.

27) Infidélité des poids et mésures oder infidélité sur les poids et mésures, wie die in der vorletzten Note angeführten Gesetze sich abwechselnd ausdrückten. Cf. Arrêté relatif à l'établissement des bureaux de pesage, mésurage et jaugeage public et à la punition des indefidélités dans les poids du 7. Brum. an IX. Bulletin Nr. 374. und Heulhard-Montigny précis de la législation de la revolution, Paris 1803. p. 242. Das Gesetz selbst findet sich in Appendice aux Codes criminels par Garnier du Bourgneuf et Chanoine, Paris 1826. Vol. II. pag. 879.

Digitized by Google

war [28]). Ob in allen diesen Bestimmungen der Ausdruck falsches Gewicht völlig dasselbe bedeute, ist gewiß noch mehr zu bezweifeln, als es z. B. zweifelhaft ist, ob der Ausdruck falscher Schlüssel, da, wo desselben Verfertigung bestraft wird, das nämliche bedeute, als da, wo von Diebstahl mit falschen Schlüsseln die Rede ist, obgleich beide Bestimmungen unter dem Titel vom Diebstahl enthalten sind [29]). Die Ursache, warum jenes mehr zweifelhaft ist, liegt hauptsächlich darin, weil das bloße Haben falscher Gewichte als einfache Polizeiübertretung bestraft wird, bei solchen Uebertretungen aber überhaupt, nach der freilich bedenklichen Lehre französischer Juristen, weniger auf die Absicht, als auf das materielle Factum Rücksicht zu nehmen ist [30]), und gerade bei dem Haben falscher Gewichte zufolge der Ansicht der neuesten Crimina-

28) Code pénal de 1791. Partie II. Tit. II. Section II. Art. 41. quiconque sera convaincu d'avoir méchamment et à dessein de nuire à autrui, commis le crime de faux, sera puni ainsi qu'il suit. (Art. 42 bis Art. 45.) Art. 46. quiconque sera convaincu d'avoir sciemment et à dessein vendre à faux poids et à fausse mésure, après avoir été précedémment puni deux fois par voie de police, à raison d'un délit semblable, subira la peine de quatre années de fers. Minder streng und anders redigirt, übrigens auch unter den Verbrechen gegen das Eigenthum, ist der Art. 423, der von dieser Art von *fraude* oder Betrug handelt, während im Art. 145 u. f. das Verbrechen der Fälschung oder *faux* mit den einfachen Worten qui aura commis un faux, ohne weitere Erwähnung der mauvaise intention, als Verbrechen gegen das Gemeinwesen bezeichnet wird.

29) Vgl. Code pénal Art. 381. u. 399. und was ich hierüber bemerkt habe im Archiv, Jahrgang 1837. S. 507 u. f.

30) Man vgl. z. B. Bourguignon Dictionnaire raisonné des lois pénales, Paris 1811. Vol. I. Dissertation préliminaire pag. XXXVI. Daselbst Vol. III. p. 96. finden sich nebst dem obenerwähnten Gesetz vom 1. Vendémiaire an IV noch andere auf Maaß und Gewicht sich beziehende vom 7. und 13. Brumaire an IX, 7. Floreal an VIII.

Digitized by Google

lüften dies Statt finden soll [31]), dieser Uebertretung also jemand schuldig werden kann, ohne daß ihm Fälschung oder Betrug, oder Versuch einer Betrügerei, oder betrügerische Absicht zur Last gelegt werden könnte. Es ist also hierbei der Begriff falschen Gewichtes kaum anders als objectiv bestimmbar zu denken, und er wird in dieser Rücksicht kaum anders als im Zusammenhang mit den gesetzlichen Verfügungen über das Eichen der Gewichte zu bestimmen seyn, wenn gleich im Art. 479. Nr. 5. u. 6. des französischen Gesetzbuchs das Haben falschen Gewichtes von dem Gebrauche anderer als der durch die bestehenden Gesetze eingeführten Gewichte unterschieden wird [32]), auf ähnliche Weise wie im revidirten Entwurf des baierischen Strafgesetzbuchs von 1827. Art. 210. des zweiten von Polizeiübertretungen handelnden Theils das „Haben falschen Gewichtes in Waarenniederlagen oder andern zum Kauf oder Verkauf bestimmten Orten" davon unterschieden wird, wenn sich jemand „in offnem oder freiem Gewerbe anderer als der verordneten mit der gehörigen Probe oder Aiche bezeichneten und im richtigen Stand unterhaltenen Gewichte bedient" [33]). Im Art. 424. des französi-

31) Rauter Traité du droit criminel française, Vol. II. Paris 1836. p. 242. Nr. 515. verglichen mit Nr. 550 u. 595. und Nr. 78. im ersten Theil. „Cette disposition de l'art. 479. nr. 5. est un des exemples les plus frappans de la nature particulière de contraventions de police considérées sous le rapport de l'intention criminelle."

32) Ceux qui emploieront des poids . . . différens de ceux qui sont établis par les lois en vigueur.

33) Revidirter Entwurf, München 1827. Th. II. S. 210. Man vgl. §. 210. mit §. 211 u. f., worin von Verkürzung, deren sich Jemand im öffentlichen Verkehr durch unrichtige, willkührliche oder unterlassene Anordnung des vorgeschriebenen Gewichtes schuldig macht und von der aus solcher Verkürzung entstandenen Verletzung der Tarordnung, dann von Fälschungen die Rede ist, die in der Absicht über Gewicht zu täuschen begangen werden. Im Th. I. S. 111.

Digitized by Google

schen Gesetzbuchs wird auch unter Erwähnung der deshalb verwirkten Strafe eine mehr civilrechtliche Folge der Handlung, wenn sich jemand anderer, als der durch die Staatsgesetze eingeführten Gewichte bedient, angeordnet, und dabei ausdrücklich der Betrug durch den Gebrauch verbotenen Gewichts von dem Betrug durch den Gebrauch falschen Gewichts, wovon der Art. 423. handelt, unterschieden. Die Motive bezeichnen jenes als altes oder abgeschafftes Gewicht, dessen Verfertigung auch nach Einführung der neuen Gewichte an sich als selbstständiges Delict in Frankreich verboten wurde [34]), und somit dürfte dieses hauptsächlich als dasjenige zu bezeichnen seyn, welches verfertigt wurde, abweichend vom gesetzlichen, aber in der Absicht, um für das gesetzliche gehalten zu werden. Allein als verbotenes Gewicht ist gewiß auch das Gewicht eines fremden Landes anzusehen, und als falsches Gewicht kann man wohl überhaupt das unrichtige bezeichnen, das von dem jetzt gesetzlichen abweichende, das weder irgendwo gesetzlich ist, noch zu irgend einer Zeit gesetzlich

---

Art. 282. Nr. 5. ist von Betrug durch Gebrauch verfälschten Gewichts bei offenem oder freiem Gewerbe die Rede. Aehnliche Bestimmungen enthält der Entwurf von 1822. Th. I. Art. 224. Th. II. Art. 266. Vgl. Gesetzbuch von 1813. Th. I. Art. 263 u. 426.

34) Gesetz vom 18. Germinal an III. oder 7. April 1795. Vgl. Mars Corps de droit criminel; Paris 1821. Vol. I. pag. 553. und Appendice aux Codes criminels par Garnier Dubourgneuf et Chanoine, Paris 1826. Vol. III. pag. 1514. not. 1. pag. 1515. not. 2. Dies Gesetz ist in Frankreich noch heut zu Tage anwendbar. Vgl. Arrêté du 29. Prairial an IX relatif au mode de vérification des poids et mésures, et portant que nul fabricant ne pourra vendre et aucun citoyen ne pourra employer que des poids et mésures vérifiés et étalonnés par les sousprefets de leur arrondissement. Bulletin Nr. 374. und Heulhard-Montigny pag. 254. Vgl. den obenangeführten Appendice Vol. III. pag. 1516. not. 5. und Mars Corps de dr. crim. a. a. O.

Digitized by Google

war, wenn es auch mit der Absicht verfertigt worden ist, um für das gesetzliche gehalten zu werden, wenn z. B. die Abweichung Folge eines Zufalls ist. Es wird wenigstens bei dem Gebrauche solchen Gewichtes mit dem Bewußtseyn des unrichtigen, wodurch jemand absichtlich benachtheiligt wurde, ohne allen Zweifel gesagt werden können, er sey durch den Gebrauch falschen Gewichtes betrogen worden, so wie auf der andern Seite der Gebrauch selbst eines solchen Gewichts, das mit der Absicht, ungeachtet seiner Verschiedenheit vom gesetzlichen, für das gesetzliche gehalten zu werden, verfertigt wurde, an sich nicht nothwendig einen Betrug enthält, da ja der Gebrauch ohne alle Kenntniß der Fälschung und ohne Absicht zu betrügen geschehen seyn konnte [35]). Uebrigens wird

35) In sofern zeigt sich auch das bei der Berathung über das Gesetzbuch in den Motiven zu Art. 423 u. 424. Gesagte: l'usage de faux poids comprend necessairement une fraude; il n'en est par de même de l'usage des poids anciens, als völlig ungegründet. Die neue französische Maaß- und Gewichtsordnung vom 18. Decbr. 1825, welche unter dem Titel: Ordonnance du Roi concernant les poids et mésures, im obenangeführten Appendice aux Codes criminels Vol. III. p. 1513 u. f. ihren Hauptbestimmungen nach enthalten ist, und gleich im ersten Titel Artikel 1 u. 2. verfügt, daß die Präfekte und Unterpräfekte, wie bisher, die Aufsicht über Gleichförmigkeit und Gesetzlichkeit der im Handel verbreiteten Gewichte ausüben sollten, und die Inspection unter ihrer Anordnung durch eigene Eichbeamte oder Eicher, vérificateurs, geschehen müsse, denen bei Ausübung ihres Amtes andre Administrativbeamte, maires, adjoints, commissaires et officiers de police Beistand zu leisten hätten, schreibt diesen im Titel III. Art. 25. mit Bezug auf das Gesetz vom 1. Vendém. an IV jährlich mehrere Besuche der Kaufläden vor, um sich von der Richtigkeit der Gewichte zu überzeugen, und stellt die zufolge des Gesetzes vom 7. Brum. an IX eingeführten bureaux de pesage publics unter ihre Aufsicht. Dabei wurde die Vorschrift des Gesetzes vom 29. Prairial an IX erneuert, wonach bei jenem Besuche ermittelt werden muß: si les poids et mésures *portent les marques et poinçons de vérification*, si depuis la vérification que ces marques constutent, ces instrumens *n'ont point*

Digitized by Google

nach französischem Recht der Betrug mit falschen Gewichten eben so wie der mit verbotenen Gewichten bestraft, obschon dieser von jenem unterschieden wird, und dieses Unterschieds ungeachtet läßt sich auch in Beziehung auf den betrügerischen Gebrauch des Gewichts der Begriff des falschen an sich nur objectiv bestimmen. Um so mehr nun ist dies in Beziehung auf das auch ohne alle betrügerische Absicht stattfindende Haben falscher Gewichte in Waarenlagern u. dgl. der Fall, und in dieser Hinsicht ist der Begriff des falschen auch noch weiter als in jenem zu nehmen. Da nämlich außer dem Betrug mit verbotenem Gewichte im Art. 424, im Art. 479. Nr. 6. nur der Gebrauch des verbotenen Gewichts, nicht aber das Haben desselben in Waarenlagern u. dgl. bestraft wird, so würde dieses für straflos zu erklären seyn, wenn man nicht annähme, dasselbe sey unter dem Haben falschen Gewichtes in Nr. 5. desselben Artikels begriffen. Der Cassationshof hat in der That geurtheilt, daß sowohl das Haben alten Gewichtes, als das Haben eines selbst richtigen, aber mit der gesetzlich vorgeschriebenen Probe nicht bezeichneten Gewichtes in Waarenlagern u. dgl. für das Haben falschen Gewichtes im Sinne des Art. 479. Nr. 5. zu halten sey[36]), und

---

soufferts de variations soit accidentelles soit frauduleuses, et essentiellement si les marchands font réellement usage de ces poids et non d'aucun autre. Im Tit. II. Art. 10. ist zufolge des Gesetzes vom 29. Prairial an IX die vérification périodique oder Eichen von Maaß und Gewicht angeordnet, und im letzten Titel ist auch zum Theil die fortdauernde Gültigkeit dieses Gesetzes vom J. 1801 und eines kaiserlichen Decrets vom 12. Februar 1812 anerkannt. Vgl. über dies Decret und andere hiehergehörige Gesetze Appendice Vol. II. p. 879 u. f. Vol. III. p. 1513 u. f. in den Noten.

36) Urtheile vom J. 1825 und 1826 bei Sirey Recueil Vol. XXV. Part. I. p. 337. Bulletin de la Cour de cassation partie crim. 1825. Nr. 98. 1826. Nr. 13 et 20.

Digitized by Google

die französische Maaß- und Gewichtsordnung vom 18. December 1825 setzt auch voraus, daß von Kaufleuten und Fabrikanten Uebertretungen begangen werden können, nicht nur, wenn sie von den gesetzlich eingeführten abweichende Gewichte zum Behuf ihres Handels gebrauchen, sondern auch, wenn sie dieselben in den Niederlagen, Magazinen und Kaufläden bewahren [37]). Damit stimmt von

---

Vgl. Appendice aux Codes criminels a. a. O. p. 1514. not. 1. p. 1518. not. 2. Bei Beurtheilung der Frage: ob *poids non poinçonnés* für *faux* zu halten seyen, berief man sich auch auf die zur Ausführung des neuen Systems von Maaß und Gewicht erlassenen Beschlüsse vom 27. Pluviôse an VI, 19. Germinal und 18. Thermidor an VII.

37) Ordonnance du Roi concernant les poids et mésures du 18. Decembre 1825. Tit. I. Art. 2. im obengenannten Appendice pag. 1513 u. f. In diesem Artikel ist hinsichtlich der Polizeibeamten verfügt: ils constateront et poursuivront les tribunaux de simple police, soit d'office, soit à la réquisition des vérificateurs, les contraventions commises par les marchands et fabricans qui *emploieraient* à l'usage de leur commerce ou *conserveraient* dans leurs dépôts, boutiques et magasins des *mésures et poids différens de ceux, qui sont établis par les lois en vigueur.* Les vérificateurs sont tenus de leur faire connoître les *infidélités dans l'emploi et l'usage des poids et mésures* que leurs sanctions leur feraient découvrir. In Beziehung auf die obengenannten Uebertretungen sind in dem Appendice a. a. O. außer den bereits oben erwähnten Gesetzen vom 18. Germinal an III, und 1. Vendémiaire an IV noch angeführt: Arrêtés des 3. Nivôse et 29. Brumaire an VI, l'Arrêté du 13. Brum. an IX, la Loi du 29. Prairial an IX, le Décret du 12. Février 1812, und la Loi du 16—24. Août 1790. Tit. XI. Art. 3. Nr. 4. Das letztgenannte Gesetz, welches die damalige neue Gerichtsorganisation enthält, bestimmt a. a. O. blos die objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux, und erwähnt darunter die inspection sur la fidélité du débit des denrées qui se vendent au poids à l'aune ou à la mésure. Vgl. Appendice Vol. I. pag. 4. Die Ueberschrift: de l'inspection sur le débit des marchandises au poids ou à la mésure führt auch der 3te Titel der oben angeführten französischen Ordonnanz vom 18. December 1825, der 2te Titel aber ist überschrieben: inspection sur l'uniformité des poids et mésures. Einiges über das französische Maaß-

Digitized by Google

deutschen Gesetzen z. B. auch die Bestimmung der preußischen Maaß- und Gewichtsordnung vom 16. Mai 1816. §. 12. überein [38]), wonach Niemand, der irgend eine Waare feil hält, bei dem Verkaufe sich eines andern als gehörig gestempelten Maaßes und Gewichtes bedienen, auch in seinem Laden oder seiner Bude keine ungestempelte Maaße oder Gewichte haben darf, und durch die Uebertretung dieser Vorschrift, wenn auch sonst keine Uebervortheilung vorgefallen ist, eine Polizeistrafe von einem bis fünf Thalern verwirkt wird. Auch kann es wohl nach den, den Verificatoren und Inspectoren von Maaß und Gewicht in der französischen Gewichts- und Maaßordnung

---

und Gewichtsystem erwähnt auch Brewer im oben angeführten Werke Th. II. S. 551 u. f. Als wichtige gesetzliche Verfügungen in dieser Materie können noch angeführt werden: Décret du 8. Mai 1790, Décret du 26. Mars 1791, Loi du 1. Août 1793, Arrêté du Directoire du 27. Brumaire an VII, Loi du 19. Frimaire an VIII, Arrêtés du 7. Floréal an VII, du 7. Brumaire an IX, Loi du 29. Floréal an X. Vgl. Appendice Vol. II. pag. 879 u. f. Vol. III. p 1513 in den Noten, und Bourguignon Dictionn. Vol. III. pag. 96.

38) In der Gesetzsammlung von 1816. S. 144. Hiermit ist auch zu vergleichen die Cabinets-Ordre vom 25. Mai 1820, in der Gesetzsammlung von 1820. S. 79. Mit Beziehung auf beide Documente ist das oben im Texte Angegebene in den Ergänzungen des Preußischen Criminalrechts von F. H. v. Strombeck Bd. I. Berlin 1829. S. 803. §. 1470. als Zusatz zu §. 1444. im 20sten Titel des 2ten Theils des Preußischen Landrechts mitgetheilt. Als Inhalt dieses §. 1444. wird angegeben Verfälschung von Waaren, Maaß und Gewicht. Dies ist aber im Gesetzbuch die allgemeine Ueberschrift von §. 1412 u. f. und der §. 1444. sagt blos: „Die §. 1442. bestimmte Strafe findet auch gegen diejenigen Statt, welche falsches Maaß oder Gewicht führen." Der §. 1442. spricht von Fälschung, z. B. von Lebensmitteln, um dadurch z. B. ihr Gewicht zu vermehren, und verordnet, daß dies Vergehen als Betrug des Publikums mit geschärfter Strafe des qualificirten Betrugs nach Maaßgabe des §. 1441 und §. 1328. bestraft werde.

Digitized by Google

von 1825 gegebenen, zum Theil oben aus der gesetzlichen Verordnung wörtlich angeführten und mit älteren Gesetzen übereinstimmenden Vorschriften [39]), wonach bei den Inspectionen besonders darauf gesehen werden soll, ob die in den Kaufläden befindlichen Gewichte das Eichzeichen oder den Eichstempel an sich tragen, und ob dieselben seit der Eiche, welche dergleichen Eichstempel constatiren, keine zufällige oder betrügerische Aenderung erlitten haben, keinem gegründeten Zweifel erliegen, daß bei der Inspection vorgefundene Gewichte, welche eine solche, wenn auch nur zufällige Aenderung erlitten zu haben befunden werden, als falsche Gewichte im Sinne von Nr. 5. des Art. 479. des Strafgesetzbuchs anzusehen sind, und damit bewährt sich auch dasjenige, was wir oben gesagt haben, daß der in dieser Strafbestimmung angenommene Begriff von falschem Gewichte kaum anders als objectiv bestimmbar gedacht werden könne, und im Zusammenhang mit den gesetzlichen Verfügungen über das Eichen der Gewichte zu bestimmen sey. Nach diesen Verfügungen ist es leicht zu bestimmen, was falsches Maaß oder Gewicht sey. Bei allen gebildeten Völkern hat man sogenannte Eich-, Mutter-, Probe-, Ur-Maaße oder Gewichte, bei den Franzosen *ébalon*, bei den Engländern *standard* genannt, mit welchen die Gewichte und Maaße übereinstimmen müssen [40]), und eben darin besteht das Eichen, daß ein Maaß oder Gewicht mit dem von der Obrigkeit festgesetzten, oder dem unter obrigkeitlicher Bewahrung stehenden Muster verglichen, demselben gleich gemacht und zum Beweise dann mit einem Zeichen oder Stempel versehen oder für ein

39) Vgl. Note 35. S. 60, Ordonnance du 18. Dec. 1825. Tit. III. Art. 25.

40) Auch hierüber enthält die Abhandlung Moll's manche schätzbare Angabe.

Digitized by Google

ein richtiges erklärt wird [41]). Weicht nun ein Gewicht von diesem Muster ab, so ist es ein unrichtiges oder falsches. Schon bei den Römern bestanden Einrichtungen zum Eichen von Maaß und Gewicht, was nicht nur allein den Ausdruck: *mensurae publice probatae*, der bei den Bestimmungen über Maaß- und Gewicht-Fälschung und Betrug mit solchen Werkzeugen vorkommt [42]), son-

41) In der französischen Maaß- und Gewichtsordnung vom 18. December 1825 heißt es Tit. II. Art. 10: Les poids et mésures fabriqués ou rajustés seront vérifiés et poinçonnés conformement à l'arrêté du 18. Juin 1801. Les poids et mésures à l'usage et entre les mains des commerçans .... continueront, comme par le passé, à être soumis à une vérification périodique, pour reconnaître si la conformité avec des étalons n'a pas été altérée. Chacune de ces vérifications continuera à être constatée par le moyen d'un poinçon nouveau. Lesdites vérifications dans l'intérêt du maintien de l'uniformité du système sont sans préjudice de l'action qui appartient à la police municipale par la surveillance de la fidélité du débit des marchandiees qui se vendent à la mésure et aux poids. Diese Aufsicht findet in Frankreich statt zufolge des Gesetzes über die Gewichtsorganisation vom 16—24. August 1790. tit. XI. art. 3. §. 4, dessen Bestimmungen schon oben angeführt worden sind, und begreift das Recht Verordnungen zu geben in sich. So z. B. ergingen in Frankreich Localverordnungen, daß jeder, der von den gesetzlichen abweichende Gewichte besitze, sie in vier und zwanzig Stunden auf dem Stadthause niederlegen solle. Anderwärts wurde durch Beschlüsse der Administrativbehörde jedem Kaufmann der Stadt befohlen, sich mit den seinem Gewerbe eigenen Maaßen und Gewichten zu versehen u. dgl. Vgl. Appendice pag. 1514. not. 1.

42) Cf. L. 32. §. 1. D. ad leg. Corn. de falsis . . . Si venditor *mensuras publice probatas* . . . aut emptor *corruperit* dolove malo *fraudem* fecerit . . . dupli condemnatur. Decretoque D. Hadriani praeceptum est, in insulam eos relegari qui *pondera vel mensuras falsarent*, und L. 6. §. 2. D. de extraord. crim. Hadrianus eum qui *falsas mensuras habuit*, in insulam relegavit. Zweifelhaft ist, ob die letztere Stelle im directen Zusammenhange steht mit L. 6. §. 1. D. de extraord. crim., wo von *staterae adulterinae* und dem dadurch bewirkten *onerare annonam*, und mit L. 6. pr. eod. tit., wo überhaupt

Digitized by Google

dern auch die Erwähnung der *mensurae iniquae, quas magistratus frangi jussit*, in Beziehung auf eine dabei entstandene civilrechtliche Frage und die Befugnisse der Aedilen beweist [43]). Die *mensurae iniquae* im Gegensatz der *aequae*, wie anderwärts die *pondera majora vel minora* im Gegensatz der *aequa* [44]), sind eben die unrichtigen oder falschen Gewichte oder Maaße in oben angegebenem Sinne des französischen Rechts, obgleich im römischen Recht *iniqua mensura* und *falsa mensura* nicht dasselbe ist [45]). Der Begriff von *falsa mensura* ist sowohl in Beziehung auf das Gebrauchen, als in Beziehung auf das Haben überall subjectiv bestimmt, während *iniqua mensura* oder *iniqua pondera* meistens im objectiven Sinne steht, wenn gleich in Beziehung auf das, was durch letztere oder durch *pondera minora vel majora* geschah, zuweilen die Juristen von der *actio doli* oder selbst der *actio furti* redeten, nämlich: Siquis sciens ponderum iniquitatem decipiendi causa affirmasset, se aequa pondera

---

von *adtemptare*, *venare*, *onerare annonam* besonders der *dardanarii* gehandelt wird, in Beziehung auf welche auch von einem vindicari extra ordinem, *propter falsum mensurarum modum*, ob utilitatem popularis annonae in L. 37. D. de poenis die Rede ist. Man vgl. auch L. 1 et sq. D. de lege annona. Auf die *staterae adulterinae* und ihre Bestrafung nach dem Edicte Trajans werde ich später zurückkommen. Das *habere falsas mensuras* bestrafte aber gewiß auch Hadrian mit Relegation nur wegen der dabei Statt gehabten betrügerischen Absicht, und in sofern ist die Strafbestimmung des französischen Rechts gegen das Haben falschen Maaßes und Gewichts von verschiedener Art.

43) L. 13. §. 8. D. loc. conducti. Vgl. Persius Satir. I. v. 144. fregerat *heminas* Areti Aedilis *iniquas*.

44) S. B. L. 18. §. 3. D. de dolo malo.

45) Vgl. die Note 42. Vgl. pondus *probum* vel *justum*. L. 2. C. ut liceat nemini in emptione specierum se excusare. Novell. 128. cap. 15.

Digitized by Google

habere [46]). Der Ausdruck *aequa pondera* weiset an sich schon auf ein Vergleichen der Gewichte und eine Uebereinstimmung derselben mit einem Mustergewichte, also auf eine Art des Eichens hin, was auch durch das Wort *coaequari* in dem uns erhaltenen Fragmente eines Plebiscits, über *publica pondera*, angedeutet scheint, in welchem übrigens der Gehalt mehrerer Maaße bestimmt und eine *mulcta* verhängt ist: Siquis magistratus adversus hac dolo malo pondera modiosque vasaque publica modica minora majorave faxit, jussitve re fieri, dolumve adderit, quod ea fiant [47]). Sonst ist es aus den Inscriptionen bei Gruterus und Reinesius bekannt, daß die publica pondera, die, bestimmt zu prüfen, ob die privata aequa vel iniqua seyen, im Capitol oder in Tempeln aufbewahrt wurden, mit dem Namen von Magistratspersonen bezeichnet waren [48]). Nach Verordnungen der spätern Kaiserzeit

---

46) Vgl. L. 18. §. 8. D. de dol. mal. L. 52. §. 22. D. de furtis, womit L. 54. §. 1. D. de furtis und L. 32. D. de act. empti et vend. zu vergleichen sind, so wie Cujacius Recitationes in Lib. XIX. Tit. 1. Pand. et in Lib. XI. Pauli ad Edictum, Oper. Vol. V. pag. 150. et Vol. VII. pag. 801. der Neapolitaner Ausgabe.

47) Festus s. v. publica pondera. Die Worte dieser Stelle, die ziemlich undeutlich und wohl zum Theil verdorben sind, hat schon Scaliger zu restituiren versucht. Mit ziemlich willkührlicher Emendation hat sie vor Kurzem Platner angeführt in seinen quaestiones historicae de criminum jure antiquo Romano, Marburg. 1836. pag. 48 et 49. Auch hat mich nicht überzeugen können, was er hiebei über den Unterschied zwischen mulcta und poena und gegen meine Erklärung dieses Unterschieds angemerkt hat, worüber ich mir vorbehalte, bei andrer Gelegenheit mich zu erklären.

48) Vgl. Brissonius de V. S. s. v. pondus. Man sehe auch Priscian de laude imperatoris Anastasii et de ponderibus et mensuris carmina duo alterum nunc primum, alterum plenius ed. Endlicher, Viennae 1828. Andere schreiben dieses dem Q. Rhemnius Palaemon zu. Vgl. Cujacius Op. Vol. IV. pag. 1472. Bäh

Digitized by Google

sollten dergleichen Muttermaaße oder Mustergewichte besonders zur Beschützung der Steuerpflichtigen gegen die Habgierde der Einnehmer in den einzelnen *mansiones* und *civitates* niedergelegt, oder von den höchsten Reichsbeamten ertheilt in den Kirchen aufbewahrt werden, so wie noch später Carl der Große im fränkischen Reiche, nach den im Pallaste aufbewahrten, geeichte Maaße und Gewichte bei den Vorstehern seiner Villen niederzulegen befahl [49]). Es

---

Geschichte der röm. Literatur, 2te Ausg. §. 78. Not. 9. §. 99. §. 349. — Ueber die Maaße und Gewichte der Alten sind nebst vielen älteren Schriften zu bemerken: Wurm de ponderum nummorum mensurarum etc. ratione apud Rom. et Graecos, Stuttg. 1820. und Böckh Maaße, Münzen und Gewichte der Alten in ihrem Zusammenhang, Berlin 1835. Die Inschrift auf alten Maaßen: mensurae *exactae* in Capitolio, bei Gruterus 223, 3. hat auch schon Gothofredus ad L. 19. C. Th. de susceptor. ganz richtig erklärt. Jenes Wort bezeichnet unstreitig das, was die Franzosen *étalonner* nennen.

49) Capitul. de villis cap. 9. Volumus, ut unusquisque judex in suo *ministerio* mensuram modiorum sextariorum etc. — habeant sicut et in *palatio* habemus. Ohne Zweifel war dies Nachahmung römischer Einrichtungen. Vgl. L. 9. C. de susceptor. Modios cum sextariis atque ponderibus per *mansiones* singulasque *civitates* jussimus collocari, .. ita ut siquis susceptorum *conditorum* modiorum sextariorumque vel ponderum *normam* putaverit excedendum, poenam se sciat subiturum. L. 19. C. Theod. de susceptoribus. In singulis *stationibus* et mensurae et pondera *publice* collocentur, ut fraudare cupientibus fraudandi adimant potestatem. Nov. 128. cap. 15. Eos autem qui publica tributa exigunt justis ponderibus et mensuris uti praecipimus ut neque in hoc nostros tributarios laedant. Si autem collatores putant gravari se sive in mensuris sive in ponderibus, habeant licentiam speciorum mensuras et pondera a *praefectis* auri vero et argenti a *comite sacrarum largitionum* accipere et *has mensuras et pondera* in uniuscujusque civitatis ecclesia servari. — Die *mansiones*, deren Benennung wahrscheinlich mit der Eintheilung des Landes in *mansi* nach dem Kataster zusammenhing, waren die Stationen, wo sich auch die *horrea* zur Aufbewahrung des Zehntgetreides oder der *annona* befanden, und wohin diese Gefälle abgeliefert werden mußten. Vgl. L. 1. 2. C. de conditis in pu-

Digitized by Google

Es hatte auch Theodorich im ostgothischen Reiche hierin die römischen Einrichtungen bewahrt [50]), wie später Justinian, als er Italien wieder eroberte, zum Theil mit Beibehaltung gothischer Einrichtungen zur Vermeidung jeden Betrugs und der Bedrückung der Provinzialen befahl, daß jede Abgabe in Geld oder Naturalien nach den Maaßen und Gewichten entrichtet werde, welche dem römischen Bischofe und dem Senate waren übergeben worden [51]).

blic. horreis. L. 6 et 8. C. de annonis et tributis. L. 2, 6, 10. C. de susceptoribus. L. 11. C. de re militari. Vgl. Brissonius s. v. mansio und den daselbst angeführten Lampridius in Alexandro cap. 47. Milites sic disposuit, ut in mansionibus annonas acciperent.

50) Cassiodori Var. V. 39. „Ut totius fraudis abrogetur occasio ad *libram Cubiculi nostri*, quae vobis in praesenti data est, universas functiones publicas jubeamus inferri", und IX, 16. „grave scelus est aut mensuras modum excedere aut libram *aequissimi ponderis justitiam* non habere." Libra bedeutet hier Pfund, und die libra cubiculi nostri ist ganz dem zu vergleichen, was man in Frankreich früher étalon de livre mit Beziehung auf das poids le roi nannte. Vgl. auch Novell. Valent. Tit. 3. Nr. 40. „De ponderibus ut fraus amputetur a nobis aguntur *exagia* quae . . . sine fraude debeant custodiri, welcher Ausdruck auf ein unter kaiserlicher Auctorität statt findendes Eichen deutet, ähnlich dem oben erwähnten Wort *exactae*, und vielleicht stand damit auch das Amt der *exactores* in Verbindung. Vgl. Novell. Mogosiani Tit. 7. Nr. 92. §. 15. Illis quoque fraudibus obviandum est quas in *varietate ponderum* exactorum calliditas facere consueverat . . . quibus amotis a praetorianis sede ad singulas non solum provincias sed etiam civitates *pondera examinata* mittantur, quibus tam omnis exactor quam negotiator utatur, capitale sibi sciens unusquisque supplicium, si constituta transcenderit. Ferner gehört hieher Ammianus Marcellinus XXVII. cap. 9. Vers. fin. Praetextatus praefecturam urbis sublimius curans . . . . *pondera* per regiones instituit universas, cum aviditati multorum ex libidine *trutinas* componentium occurri nequiret. Cf. Brissonius s. v. pondus, und Gothofredus l. l. — Wir werden auf die letzte Stelle zurückkommen.

51) Pragmatica sanctio cap. 19. „Ut nulla fraudis vel laesionis provinciarum nascatur occasio, jubemus in illis

Digitized by Google

Die Bedrückungen der Provinzialen durch falsches Maaß und Gewicht, zum Theil auch durch falsche bilances und staterae [52]) von Seiten der susceptores und ponderatores bei Entrichtung der dem Staate schuldigen Abgaben, müssen aber auch in der spätern Kaiserzeit sehr bedeutend gewesen seyn, und häufig finden wir die provinciarum praesides oder die civitatum defensores darauf angewiesen, jene Bedrückungen zu verhindern [53]).

---

mensuris vel ponderibus species vel pecuniae dari vel suscipi quae B. Papae vel A. Senatui noctu pietas in praesenti contradidit. Vgl. cap. 20. *Annonam* quam Theodosius dare solitus erat, nos etiam Romanis indulsimus etc. etc.

52) Außer den in Note 50. angeführten Stellen vgl. man L. 9. 11. 15. C. de susceptor. L. 1. C. de ponderatoribus. L. 3. C. Th. de superexaction. „frequenti laesorum deploratione didicimus, ut *majoribus subjectis mensuris atque ponderibus* gravi possessor damno quatietur." L. 1. C. Th. de ponderatoribus, „Aurum quod infertur, *aequa lance et libramentis paribus* suscipiatur, scilicet ut duobus digitis summitas lini retineatur, tres reliqui liberi ad susceptorem emineant, ne pondera deprimant, nullo examinis libramento servato, nec aequis ac paribus suspenso statere momentis." Hiermit hat Kaiser Constantin eine betrügerische Art des Goldwägens verhindern wollen, von der auch bei Symmachus und Chrysostomus Erwähnung geschieht, wie Gothofredus ad h. l. meldet. Dieser Commentator glaubte übrigens ohne Grund, in der letztangeführten Stelle, die zum Theil auch Justinian in seinen Codex aufnahm, sey nicht, wie Cujacius Comment. in Lib. X. Cod. Oper. Vol. II. pag. 778. annahm, von einer eigentlichen *statera* oder Wage mit einer Schale und ungleichen Armen, sondern von einer *bilanx* die Rede. Er glaubte dies darum, weil man mit der eigentlichen *statera*, die man jetzt noch *libra romana*, *romaine*, *crouchet* nenne, nur da wäge wo es weniger auf Genauigkeit ankomme. Allein wahrscheinlich konnte der Römer, wie schon oben bemerkt wurde, mit seiner eigentlich sogenannten *statera* genauer als mit der *libra bilanx* wägen, und bediente sich darum derselben bei dem Goldwägen, obgleich auch bei dem Wägen der *annona* oder des Zehntgetreides eine *statera* im eigentlichen Sinn oder Schnellwage gebraucht wurde, worauf noch mit einigen Worten zurückzukommen ist.

53) Cf. L. 10 et 15. C. de susceptoribus. L. 9. C. de defensorib. civit. L. 3. pr. C. Th. de superexactionibus.

Digitized by Google

Nach der im Vorhergehenden enthaltenen Abschweifung über falsche Gewichte, die der Leser, dem sie etwa zu lang und mit zu vielen historischen Erörterungen verbunden erscheinen dürfte, entschuldigen möge, wollen wir nur wieder mit Wenigem auf die falschen Wagen zurückkommen, woran ohnehin das zuletzt aus der römischen Kaiserzeit Mitgetheilte zu erinnern scheint. Ich hege inzwischen die Ueberzeugung, daß diese mitgetheilten geschichtlichen Thatsachen nicht ohne Bedeutung sind für das Praktische der uns hier gesetzten Aufgabe, wenn wir nämlich die Frage, in wiefern das Haben oder der Gebrauch falscher Wagen strafbar sey, richtig nach Angabe der Quellen des gemeinen Rechts beantworten wollen.

Wenn ein Gesetzgeber das Haben falscher Gewichte als unrichtige, von der gesetzlichen Eiche abweichende Gewichte, ohne alle Rücksicht auf eine dabei vorkommende betrügerische Absicht an sich, mit bloßer Berücksichtigung jenes objectiven Merkmals bestraft wissen will, so ist allerdings nicht leicht anzunehmen, daß unter dieser Bestimmung auch das Haben falscher Wagen begriffen sey, besonders wenn eine Gesetzgebung überhaupt analogischer Strafanwendung abhold und nicht leicht anzunehmen ist, der Gesetzgeber habe bei Erlassung jener Strafbestimmung an den Fall einer möglichen Wagenfälschung zur Erreichung unerlaubten Gewinnes denken können. Was eine falsche Wage sey, ist wenigstens nicht eben so leicht objectiv zu bestimmen, da, wenn man unter der richtigen eine völlig gleicharmige versteht, eigentlich alle falsch oder unrichtig sind, und folglich bei vorgeschriebener Bestrafung des Habens falscher Wagen blos das Mehr oder Minder entscheiden müßte, wobei die gesetzliche Vorschrift durchaus kein Kennzeichen lieferte, innerhalb welcher Grenzen die Ungleichheit der Arme anfange strafbar zu seyn. In Beziehung auf die französische Gesetzgebung, nach wel-

Digitized by Google

cher der Amsterdamer Rechtsfall zu beurtheilen war, ist denn auch hierbei von Moll bemerkt worden, es gebe zwar, wie man namentlich aus Sirey [54]) sehe, über Verfertigung der Wagen gesetzliche Vorschriften, aber die Vorschrift über das Eichen der Gewichte [55]) lehre, daß eine eigentliche Eiche über Wagen nicht bestehe [56]). Fer-

---

54) Recueil Gén. Tom. XXXIII. 1833. 1e Partie p. 714, wozu noch von ihm angeführt worden ist: Savary Dictionnaire de commerce T. I. p. 214. s. v. *balanciers* et *épiciers*, und Encyclopédie méthodique par ordre des matières T. I. pag. 182. — Auch bei Mars Corps de droit crim. Vol. I. pag 476. ist eine in Frankreich noch geltende Declaration du Roi vom Jahr 1777 und eine Ordonnance du préfet de police de Paris vom 3. Fructidor an XIII zu finden, wodurch der Gebrauch kupferner Wagschalen für gewisse Gewerbe unter Strafe verboten wird. Dies bezieht sich jedoch blos auf Gesundheitspolizei. Mit Beziehung auf das Groot Placaatboek Vol. VII. p. 1120., die Handvesten van Amsterdam Vol. III. pag. 1335. und Wagenaar histor. van Amsterdam Vol. III. pag. 15. ist hier von Moll auch erinnert worden, man habe in Holland schon frühe eingesehen, daß eine Aufsicht über Wagen bestehen müsse, die Amsterdamer seyen auch bedacht gewesen, wegen der Gewichte genaue Bestimmungen zu geben, allein da die Stadt das von Albrecht von Baiern 1389 ihr gegebene Recht der Wage ausgeübt habe, habe man weniger an Bestimmungen über Wagen gedacht, zumal da bei dem später aufgekommenen Empfangen und Liefern *op eigen Schaal* der Betrug leicht entdeckt werden konnte. Noch ist von ihm der Aufhebung des Rechts des *poids le Roi* durch das Gesetz vom 15—28. März 1790 gedacht worden, und des Gesetzes vom 27. Brumaire an VII, welches den aus jener Aufhebung entstehenden Nachtheilen vorzubeugen sucht durch Errichtung der *bureaux de poids publics*. Ueber die Grundsätze des erstgenannten Gesetzes, die als *bases de l'établissement des bureaux de poids publics* anzusehen seyen, so wie über die nachfolgenden hierauf sich beziehenden Gesetze vom 7. Brumaire an IX und vom 29. Floréal an X, ist auch zu vergleichen Appendice aux Codes criminels Vol. II. p. 879. in den Noten.

55) Instruction du gouvernement français pag. 12.

56) Hierbei werden die Worte angeführt: „il n'est pas moins essentiel que les bras du fléau, qui ne peuvent jamais être parfaitement égaux, ne soient pas pourtant trop sensiblement inégaux" mit Erwähnung der Instruction

Digitized by Google

ner hat er angeführt, durch Beschluß der Consuln vom Jahre IX seyen außer den Verificatoren der Gewichte auch Inspectoren angestellt worden, aber ihre Instruction sage kein Wort, daß sie sich mit Wagen zu beschäftigen hätten [57]). Daraus ist denn von ihm der Schluß gezogen worden, der Richter könne also nicht wissen, was er für eine falsche Wage zu halten habe, und würde sich hinsichtlich falschen Gewichtes in gleicher Verlegenheit finden, wenn dasjenige nicht existirt, was die Franzosen étalon, die Engländer standard nennen. Indessen hat doch die neueste französische Maaß- und Gewichtsordnung vom J. 1825 im Titel III. Art. 26. den zufolge des Gesetzes vom 1. Vendémiaire an IV mit der Inspection von Maaß und Gewicht beauftragten Polizeibeamten vorgeschrieben: „Ils vérifieront fréquemment les balances, romaines et tous autres instrumens de pésage autorisés ou tolérés. Ils s'assureront de leur justesse et de la liberté de leur mouvemens" [58]). Wenn also Moll sagte, einer öffentlichen

---

sur la vérification des mésures etc. sous l'empire. Es ist mir das Document nicht zur Hand, aus welchem jene Worte genommen sind, und ich weiß auch nicht zu sagen, auf welche Documente überhaupt der Verfasser der Abhandlung hierbei sich bezog. Aus der Kaiserzeit habe ich blos einige Artikel des Decrets vom 12. Februar 1812 vergleichen können, die im Appendice aux Codes criminels Vol. III. pag. 1517. in den Noten angeführt sind mit Erwähnung des Arrêté rendu en exécution de ce décret, par le ministre de l'intérieur le 28. Mars 1812.

57) Der Verfasser der Abhandlung giebt diesen Beschluß an als vom 9. Prairial an IX, wenn ich anders recht bemerkt habe. Vielleicht aber ist damit das Arrêté relatif au mode de vérification des poids et mésures vom 29. Prairial an IX gemeint, welches im Jahr 1825 zum Theil erneuert, zum Theil modificirt worden ist.

58) Der Art. 27. fügt hinzu: „Les maires et officiers de police veilleront à la fidélité dans le débit des marchandises qui, étant fabriquées au moule ou à la

Digitized by Google

Approbation seyen Wagen nicht unterworfen, wie es Gewichte seyen, so ist dies wenigstens in Beziehung auf die neue französische Gewichtsordnung nicht ganz richtig. Freilich aber hat diese nicht, gleich der französischen früheren Gesetzgebung, in dem Königreich der Niederlande Gesetzeskraft erhalten, und auch nach Einführung der oben erwähnten neuen französischen Gewichtsordnung dürfte es sehr zu bezweifeln seyn, ob man in Frankreich, wenn ein dem Amsterdamer ähnlicher Fall sich ereignete, die Strafbestimmung des Art. 479. Nr. 5. des französischen Gesetzbuchs gegen das Haben falschen Gewichtes für anwendbar auf denselben zu halten geneigt seyn würde. Und in der That scheint mir auch die Anwendbarkeit keineswegs gegründet, und überhaupt die Strafbarkeit des bloßen Habens einer unrichtigen Wage ohne alle Rücksicht auf betrügerische Absicht oder damit verübten Betrug sehr zweifelhaft. Auch kann ich darin mit Moll nicht ganz übereinstimmen, daß ihm im Königreich der Niederlande keinerlei gesetzliche Bestimmung über falsche Wagen zu bestehen, der Amsterdamer Fall aber eine solche Bestimmung nöthig zu machen schien, wobei er sich auf die preußische Instruction für die Eichcommission vom 14. Decbr. 1816 bezog [59]). Nicht einverstanden kann ich damit seyn, wenn

---

forme, se vendent à la pièce ou au paquet comme correspondant à un poids déterminé, delle que les pains de certaines espèces, les bougies, chandelles et autres semblables. Néanmoins les formes ou moules propres aux fabrications de ce genre ne seront jamais réputés instrumens de pésage ni assujétis à la vérification."

59) §. 33 u. f. Moll hat sich darüber geäußert, er wünsche nicht, daß man sie in Allem in den Niederlanden nachahme, aber es sollte doch hier zu Lande etwas geschehen. Die preußische Instruction vom 14. December 1816 ist mir übrigens unbekannt. In der Maaß- und Gewichtsordnung vom 6. Mai 1816 befindet sich, außer dem schon oben angeführten §. 12., im §. 19. auch noch Folgendes: „Die örtliche Polizei ist

Digitized by Google

er dies so verstand, daß die Bestrafung des Habens unrichtiger Wagen in Kaufläden an sich eben so nothwendig seyn sollte, als die des Habens falscher Gewichte. Nicht einverstanden kann ich ferner mit der Annahme einer Lücke im französischen Gesetzbuche in dem Sinne seyn, daß der Betrug durch falsche Wage nicht sollte zufolge derselben gesetzlichen Bestimmung bestraft werden können, welche den Betrug durch falsches Gewicht verpönt. Auch der Betrug durch falsches Gewicht ist ein Betrug durch falsches Wägen, und diesen überhaupt als einen gesetzlich ausgezeichneten zu verpönen, scheint als die Absicht des Gesetzgebers angenommen werden zu können, auch wenn derselbe gerade nicht buchstäblich mittelst falschen Gewichtes erfolgen sollte [60]). Freilich

verpflichtet, die Maaße und Gewichte, wonach öffentlich verkauft wird, oft zu untersuchen. Für ungestempelt befundene zieht sie sofort mittelst Decrets die im §. 12. festgesetzte Strafe ein. Gestempelte, die sie mit ihren Probemaaßen und Gewichten nicht übereinstimmend findet, sendet sie zur Untersuchung und Berichtigung an das nächste Eichungsamt. Dem Inhaber fallen dabei die Transport- und Eichungskosten zur Last. Entsteht in der einen oder der andern Beziehung die Vermuthung einer betrüglichen Absicht, so denuncirt sie den Fall außerdem noch den Criminalgerichten, welche ihn von Amts wegen zu untersuchen und nach den Gesetzen darüber zu erkennen haben." Dieses nebst dem §. 12. 26. 27., welche beiden letztern sich auf unrichtige oder ungestempelte Gefäße beziehen, findet sich auch in Richter's ziemlich ausführlichem Handbuch des Strafverfahrens in Preußen, dessen 4ter Band, Königsberg 1831, von der Abfassung des Erkenntnisses handelt und dabei die gesetzlichen Strafbestimmungen in systematischer Ordnung vorträgt, S. 746. §. 691., nach den Bestimmungen des Landrechts über Verfälschung von Waaren, Maaß und Gewicht. Von einer Bestrafung falscher Wagen oder auch nur von gesetzlicher Untersuchung der Wagen ist hierbei nirgends die Rede.

60) Vgl. jedoch Carnot Commentaire sur le Code pénal ad Art. 423. Nr. 6—11. und das angeführte Arrêt vom 12. August 1813. „attendu qu'il résulte évidemment du contente de l'art. 423. que les peines qu'il prononce, ne sont point applicables indistinctement à tous les cas, où l'acheteur à été trompé sur la *quantité*

Digitized by Google

läßt sich das Bestehen einer Lücke im französischen Gesetzbuch in sofern annehmen, als der Gebrauch falscher oder unrichtiger Wage mit betrügerischer Absicht nach Art. 423. nur bestraft werden zu können scheint, wenn der Betrug vollendet ist. Allein dieselbe Lücke besteht nicht minder rücksichtlich des betrügerischen Gebrauches falschen oder unrichtigen Gewichtes, wenn man nicht etwa annehmen will, ein auf diese Weise versuchter Betrug sey nach Artikel 479. zu bestrafen. Dabei müßte übrigens die gewöhnliche Interpretation dieses Artikels, wie sie in der Praxis angenommen ist, aufgegeben, und eine Anomalie in Beziehung auf die sonstigen Grundsätze des französischen Rechts über Austheilung der Strafe im Verhältniß von Versuch und Vollendung angenommen werden [61]).

Merkwürdig ist es, daß der auch von Moll in seinem Streben, für den fraglichen Fall die Bestimmungen verschiedener Gesetzgebungen und Ansichten von Rechtsgelehrten zu vergleichen nicht unbeachtet gelassen Béxon, in seinem für Baiern bearbeiteten Code de sûreté publique et particulière [62]), bei der Gegenüberstellung von Bestimmungen ähnlicher Art, die er in drei Gesetzbücher, einen Code de contraventions et fautes, einen Code de délits und einen Code de crimes vertheilt haben wollte, im ersten eine Strafbestimmung gegen

---

des marchandises à lui vendues mais seulement au cas où cette fraude aurant été commise par l'emploi *de faux poids ou de fausses mésures.*

61) Von dem, was wir im Vorhergehenden über den Begriff des Falschen in subjectiver und objectiver Hinsicht gesagt haben, ist wohl zu unterscheiden, was die Franzosen faux *matériel* et *intellectuel* nennen. Vgl. Legraverend traité de la législ. crim. en France, Paris 1823. Vol. I. pag. 587.

62) ou application de la théorie de la législation pénale, Paris 1807. fol. Livre III. IV. V. Tit. 8. pag. 19. Art. 2. 104. 21.

Digitized by Google

das Haben von falschen Maaßen und Gewichten, im zweiten eine gegen den Gebrauch falscher Maaße, Gewichte und Wagen und überhaupt betrügerisches Wägen, im dritten eine gegen den zweiten Rückfall dieses Vergehens festsetzte. Diese Unterscheidung und die Verfügung, in Hinsicht auf falsche Wagen blos den Gebrauch zu bestrafen, sind eben nicht zu mißbilligen. Uebrigens ist der Verfasser auf falsche Wagen überhaupt vielleicht durch Vergleichung des ihm nicht unbekannten englischen Rechts [63]) gebracht worden, in welchem hierüber sich mehrere Bestimmungen finden, die auch Moll zum Theil kannte. Namentlich erwähnte er in seiner Abhandlung ein Statut von Georg III. [64]), wo noch derjenige, in dessen Laden u. dgl. sich *false and unequal balances* vorfinden, oder *defective weights, or weights not being according to the standard of the exchequer*, außer der Vernichtung solcher Gewichte und Wagen auch noch eine Geldbuße verwirkt, welches Gesetz jedoch Moll für unvollständig erklärte, da es nicht bestimme, was falsche Wage sey, obgleich es ihm als wenigstens etwas Positives enthaltend, einen Vorzug vor andern Gesetzgebungen, z. B. den hierüber schweigenden seines Vaterlandes [65]), zu haben schien. Es ist übrigens

63) Vgl. dessen Parallèle du Code pénal d'Angleterre avec les lois pénales françaises, Paris an VIII.

64) 37. Georg III. cap. 143. Seine hierhergehörige Bestimmung findet sich in Tomlins Digest of the Criminal-Statute of England, London 1819. Vol. II. s. v. weights and measures pag. 112.

65) Der Entwurf eines Gesetzbuches für die batavische Republik Ontwerp van lyfsrufelyk wetboek, in den Haag 1801, hatte im dritten Kapitel des 4ten Buchs, das von Fälschung und Betrug handelte, Art. 9. pag. 136. blos verfügt: „Die willens en weetens valsche of vervalschte Ellen gewigten of andere Maaten maakt en gebruik, begaat valschheid, und das Gesetzbuch für das Königreich Holland von

Digitized by Google

schon in englischen Statuten von Heinrich III. von Einheit von Maaß und Gewicht und deren Uebereinstimmung aller Maaße mit dem Standard and Kings Measure die Rede, und noch genauere Bestimmungen enthalten die Statute Eduards III. und Richards II., worin strenge Strafen auf den Gebrauch falschen oder andern als des gesetzlichen Gewichtes gesetzt sind, auch ein Standard of weight and auncel erwähnt wird, so wie ein weight called auncel[66]), welches jedoch abgeschafft wurde, so daß jeder Kauf und Verkauf durch die balance geschehen sollte. Dieser Verfügung sind die Worte beigefügt: So that the balance be even and marchandizer evenly weighed by right weight[67]). In den Statuten Heinrichs VII. [68]) wurde befohlen, daß in jeder Stadt, jedem Flecken u. dgl. eine common balance with common wights and common measures macked according to the estandard of the exchequer sey, und nach diesen zur Verhütung alles Betrugs Kauf und Verkauf geschehe. In allen Orten sollten diese dem Exchequer-estandard gleichgemachten Probemaaße und Gewichte als the Kings-Standard of weight and measure unter der Obhut gewisser Personen stehen, nach denselben

1809 enthielt fast dieselbe Bestimmung, nur daß statt willens en weetens gesetzt wurde opzettelyk en ter Kwader trouw om anderen te benedeelen. Vgl. Ausgabe von Kemper, met Aanmerkingen, Amsterdam 1809. pag. 294. Art. 262.

66) *Auncel-weight* ist noch heut zu Tage eine Art Wage, und entspricht eigentlich dem holländischen *unster*, womit auch *unssel*, *enssel* als gleichbedeutend bei Kiliaan angegeben wird. Deutsche Wörterbücher übersetzen jenes englische Wort mit Schnellwage, französische mit *péson*, obschon die Schnellwage oder *Romaine* sonst auch *Steelyard* oder *Roman balance* genannt wird.

67) Tomlins l. l. pag. 1162 sq., besonders 1164.

68) Ibid. pag. 1166—1170.

Digitized by Google

sollten alle anderen verfertigt und durch jene Personen sollten alle gezeichnet und gestempelt werden. Niemand sollte sich anderer als so gestempelter und geeichter Maaße und Gewichte bedienen, zu dem Ende sollten die genannten Personen zweimal im Jahre genaue Untersuchungen thun, und Maaße und Gewichte, die nicht gestempelt oder nicht like and equal to the standard befunden würden, sollten zerstört, ihre Besitzer zur Strafe gezogen, im dritten Betretungsfalle selbst zum Beispiel für Andere an den Schandpfahl gestellt werden. Unter Georg III. endlich [69]) wurden schon vor dem oben erwähnten Statut [70]) durch ein anderes [71]) die Friedensrichter ermächtigt, in ihren Vierteljahrssitzungen Personen zur Untersuchung von Gewicht und Wagen anzustellen, mit der Befugniß, unrichtige und falsche wegzunehmen und zu zerstören, und unter den Strafbestimmungen beider Statute findet sich auch eine gegen diejenigen, die sich weigerten, ihre Gewichte und Wagen der gesetzlichen Untersuchung zu unterziehen.

Bemerkenswerth ist es, daß diese verschiedenen englischen Gesetze, die zum Theil schon aus dem dreizehnten Jahrhundert obgleich noch jetzt praktisch sind [72]), sehr an

69) Tomlins l. l. pag. 1170—1175.

70) 37. Georg III. cap. 143.

71) 35. Georg III. cap. 102.

72) Auch Blackstone in der mir vorliegenden Ausgabe von 1809. Vol. IV. p. 157. Vol. I. 274. spricht vom *Standard of weights and measures*, und reiht den Verkauf mit falschem Maaß oder Gewicht unter die Klasse von Delicten, welche die Engländer mit *cheating* bezeichnen. In Hume's Commentaries on the Law of Scotland respecting crimes, Edinburgh 1819. Vol. I. pag. 172. ist ebenfalls nur von *use of false weights and measures* die Rede mit Erwähnung der strengen Strafe auf den dritten Rückfall in den Leges Burgor. cap. 74. und der Acts of 1493. cap. 7. 1607. cap. 2. 1661. cap. 38. Zu den Verbrechen gehört *mala fides*, und Abweichung des für richtig ausgegebenen Gewichts von dem *legal standard*.

Digitized by Google

die römischen Einrichtungen erinnern. Auch bei den Römern scheint die Strafe des Besitzes unrichtigen oder ungesetzlichen Gewichtes zunächst nur das Zerstören, das *frangere per Aediles* gewesen zu seyn, und die strengere Bestrafung des *habere falsas mensuras* durch Kaiser Hadrian hatte eben so wie die Bestrafung der *dardanarii ob falsum mensurae modum*, oder die Bestrafung des *falsare corrumpere pondera et mensuras doloque malo fraudem facere*, ihren Grund in der dabei statt gehabten betrügerischen Absicht [73]). Eben so ist nun auch im Strafedict Trajans, das nach Erwähnung der Bestrafung der *dardanarii*, die häufig *negotiatores* gewesen zu seyn scheinen, in den Pandekten erwähnt wird [74]), das *onerare annonam stateris adulterinis* zu verstehen; und die Verfügung, derjenige, der deshalb verurtheilt würde, sollte mit der Strafe des Cornelischen Gesetzes so bestraft werden, *ac si lege testamentaria quod testamentum falsum scripsisset, damnatus esset*, sollte allem Anscheine nach die Habsucht der Beamten [75]) treffen, wel-

75) L. 6. §. 2. D. de extraord. crim. L. 32. §. 1. D. ad leg. Corn. de fals. L. 37. D. de poenis.

74) L. 6. §. 1. D. de extraord. crim. cf. cum §. 2. et pr.

75) Die exactores, susceptores, ponderatores, in Beziehung auf welche letzte auch noch zu vergleichen ist Imp. Justiniani Edict. XI. hinter den Novellen, wo eine andre Art Betrugs oder *fraudulenti facinoris* der *ponderatores et monetarii* erwähnt wird, nämlich bei der *aestimatio signati auri pro male excogitato obryzo quicquam exigere*, was hiermit verboten, und jenen Beamten befohlen wurde: *ut signa pro pondere quod in signatura servatum est, imponant.* Bei der *annona* als Getreideabgabe mochten wohl selbst oft höhere Beamte wie praesides u. dgl. Veranlassung finden, die Steuerpflichtigen durch falsches Wägen zu betrügen, da, wie aus Imp. Justin. Edict. XIII. cap. 24. §. 5. zu sehen ist, oft *tributa publica mensis eorum assignata erant*, wie später fränkische Könige und deutsche Kaiser, auch hierin römische Einrichtungen nachahmend, *decimas, nonas et alia tributa regalia mensae episcopali assignaverunt.* Viele Bestätigungen

Digitized by Google

welche, wie wir oben mit Mehrerm gezeigt haben, häufig durch falsche Gewichte und Wagen die Steuerpflichtigen bedrückten [76]). Diese Wagen sind wahrscheinlich nicht blos bei dem Wägen des Goldes oder Silbers, das häufig auch als Ablösungssumme für schuldige Naturalabgaben [77]) entrichtet wurde, sondern auch bei dem Wägen von Naturallieferungen eigentliche *staterae* gewesen, wie sie als eine Art der *trutina* bei Vitruv beschrieben sind [78]), bei denen man nicht immer an die *statera aurificis* im Gegensatz der *trutina popularis* denken muß, sondern im Gegensatz der *libra*, wie sie in einer Novelle

---

gen dieser heut zu Tage nicht selten aus politischem Eifer verkannten Wahrheit hat unlängst auch einer meiner ehemaligen Zuhörer geliefert: Mathias de Kock de potestatis civilis episcoporum, praecipue Trajectinorum in regno Francorum initiis atque incrementis, Traj. ad Rhen. 1838.

76 Jedenfalls ist das *onerare annonam* in L. 6. D. de extraord. crim. etwas ganz Anderes als das *fraudare annonam* in L. 1. D. de leg. Jul. de ann. Meine Schrift über die rechtliche Natur der Zehnten, Bonn 1831. S. 78. Vgl. L. 2. 6. 9. 10. 15. C. de susceptor. L. 1. C. de ponderat. L. 6. 7. 8. C. de annon. L. 9. C. „de defensorib. u. a. obenangeführte Stellen, insbesondre Nr. 128. cap. 15.

77) *Annona adaerata.* Ueberhaupt werden hierbei oft aurum und species, oder pecunia und annona, pecunia civilis und annona civilis sich entgegengesetzt. Vgl. L. 15. C. de annon. L. 2. C. ut nemini liceat in emptione specierum Nov. 168. In L. 12. C. de palat. sacr. larg. finden *annona* und *servitus* sich zusammengestellt, woraus man sieht, daß hier von *jus annonae* als einer Art Reallast die Rede ist. Vgl. L. 1. 2. 3. C de annon. L. 7. D. de publican. — auch Nov. 128. cap. 15.

78) X. 8. „Id autem ex *trutinis* quae *staterae* dicuntur licet considerare. Cum enim ansa propius caput, unde lancula pendet, ubi et centrum est collocata et aequipondium in alteram partem scapi per puncta vagando quo longius aut etiam ad extremum perducitur, paulo, etiam pari pondere amplissimam pensionem parem perficit per scapi librationem et examinationem longius a centro recedentem."

Digitized by Google

des Kaisers Leo beschrieben wird [79]), auch sich eine *trutina popularis* selbst, oder *libra romana* d. h. eine Schnellwage vorstellen kann, wie man sie z. B. besonders häufig ehedem zum Wägen ganzer Heuwagen gebrauchte.

Das älteste Beispiel einer städtischen Beaufsichtigung von Maaß und Gewicht und dabei vorkommender Erwähnung falscher Wagen findet sich in einem in neuer Zeit von Spangenberg und von Blume edirten Bruchstücke über römisch-germanische Rechtsverfassung [80]). Zunächst findet sich eine Bestimmung über unrechte Wage im Sachsenspiegel [81]). Es kann aber bezweifelt werden, ob der Verfasser hiermit wirklich von falscher Wage, oder vielmehr von falschem Wägen hat reden wollen, da er des falschen Gewichtes gar keine Erwähnung gethan hat, auch im Schwabenspiegel [82])

---

79) Nov. Constit. XXI. Quemadmodum in *libra* videamus eam tum recte ad rerum earum quae ponderantur. dijudicationem desumi, quando lances *aequales* sunt, neque vel tantillum in alteram partem declinant," —

80) Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. V. S. 189. De furore civitatum qui judicat causas sed intra muros tantum . . . qui sub comite et sub ipso fit curatos, qui explorat quicquid in civitate agitur, occulte ambulans, ut sciat mensura vel *statera dolosa* si fuerit, aut si malum aliquid perpetretur, ut secum pertrahat malos quos invenerit, ad defensorem. Vgl. Pertz Monum. German. Legum T. II. pag. 10., Chilperni Regis edictum sive Constitutio hucusque incognitam. §. 10. de *tronia* sic convenit observare sicut antea consuetudo fuit. Der Herausgeber fügt bei: *trutina? statera publica?*

81) B. II. art. 13. Dit selve gerichte gat over unrechte mate unde *unregte wage*, over valschen kop, of mans overvündich wert." Verschiedene Lesarten sind bei Homeyer angegeben, z. B. unde unregte Scepele.

82) Kap. 392. nach Senkenberg: „Der unrechte *wag* hat. §. 1. Der ein *lot* ringer macht . . . dann es sein sol gerecht, dem sol man das haubt abslahen etc." Bei Schilter Kap. 361. heißt der Titel: „Von ungerehtem *locte*" im Codex Bibl. Caesar, bei Senkenberg Corp.

Digitized by Google

unter dem Titel von unrechter Wage hauptsächlich von unrichtigem oder falschem Gewicht die Rede ist, und die Stadtrechte, die aus dem Sachsenspiegel geschöpft haben, anstatt der unrechten Wage neben dem unrechten Maaße blos unrechtes Gewicht genannt wird [83]). Uebrigens fehlt es nicht an älteren germanischen Denkmälern, wo ausdrücklich nebst falschem Maaß und Gewicht auch von falscher Wage gehandelt wird [84]), und so ist eben nicht nothwendig anzunehmen, daß die übereinstimmenden Bestimmungen der Bambergensis und Carolina ihre Quelle im römischen Rechte haben [85]). Gleich-

---

Jur. Germ. Vol. II. Part. II. cap. 806: „Von unrehter *wage*", in anderen von Schilter verglichenen Handschriften: „Der unrechts *gewicht* hat" oder „der unrehts *gewrg* hat." Doch enthält das Kapitel auch im §. 4. die Verfügung: „wer auch ieman überwigt, er thu es do mit einem rechten lot, dem soll man haut und haar abslahen."

83) Stat. Goslar. von 1392. II. 57. „Under weme unrehte *mate* unrehte *wichte* gevunden wert, dat steit an deme Rade von he dat betteren schulle."

84) Vgl. Codex Juris Lubecensis civitati Dentiscanae communicatus anno 1262, in Dreier's vermischten Abhandlungen zur Erläuterung der deutschen Rechte und Alterthümer 1ster Theil. S. 456 u. f. die drei Titel: De falso modio, de falsa mensura vini, de falso Statere-Lot. Im Text des letzten heißt's: qui falsos habet stateres, si deprehenditur 60 solid. componet. Siquis habet falsum pondere, si comprehenditur 60 sol. componet.

85) Bamb. Art. 138. C. C. C. Art. 113. „Item welcher böslicher und geuerlicher weis mas, *wag*, gewicht ... *felscht* und die für gerecht gebraucht und ausgiebt." Es ist wenigstens gewiß kein in den Quellen des gemeinen Rechts liegender Grund vorhanden, mit Klenze Lehrbuch des gemeinen Strafrechts, Berlin 1838. S. 154. 224. die meisten der im Vorhergehenden genannten germanischen Strafbestimmungen über falsches Gewicht und falsche Wagen theils als Betrug unter die Privatverbrechen, und Verbrechen wider das Eigenthum, theils als Fälschung unter die Staatsverbrechen und Verbrechen wider Treu und Glauben zu stellen. Ich habe mich darüber schon hinreichend anderwärts erklärt. Vgl. meinen Aufsatz im Archiv 1834. S. 527.

Digitized by Google

wohl scheint es, wie man aus Salwechter's Criminaltraktat, oder vielmehr der holländischen Uebersetzung von Perneder sehen kann [86]), schon früh die Ansicht der Juristen gewesen zu seyn, daß Karl V. bei Festsetzung des Art. 113. die L. 32. D. ad leg. Corn. und L. 6. D. de extraord. crim. im Auge gehabt habe. Auf beide Stellen hat man sich vor der Revolution auch in der französischen Praxis bei Bestrafung des Verfertigens und Gebrauchs falschen Maaßes und Gewichtes berufen [87]), ohne dabei auf falsche Wagen besondere Rücksicht zu nehmen. Selbst bei Angabe des Inhalts im Art. 113. der P. H. G. O. Karls V. sprechen französische Juristen nur von einem *vendre à faux poids et à fausses mésures* [88]), so wie in Deutschland neuere Commentatoren und Lehrer des gemeinen Rechts sowohl als Gesetzgeber einzelner Staaten und Verfasser von Entwürfen gewöhnlich nur von Bestrafung in Hinsicht auf falsches Maaß und

---

Böhmer's Bemerkungen hierüber in den Göttinger Gel. Anzeigen 1835. St. 138. 139. S. 1376. haben meine Ueberzeugung über diesen Punkt nicht im mindesten geändert.

86) Ausgabe von 1648. S. 116. Cf. Carpzovius pract. Rer. crim. aucta a Boehmero P. II. p. 406. Obs. 6. Nr. 78. Boehmer Medit. ad C. C. C. p. 292. ad Art. 113. führt dagegen Sachsen- und Schwabenspiegel, sächs. Weichbild Art. 69. und Jus Lub. P. IV. Tit. 12. an.

87) Vgl. J. Jousse Traité de la justice crim. de France, Paris 1771. P. II. p. 371.

88) Jousse a. a. O. wo auch auf Farinacius verwiesen wird. Auch in der angeführten Stelle von Salwechter ist blos von arglistiger Fälschung und betrügerischem Gebrauch die Rede von „*gewichten en maten die van de Stadt geadmitteert zyn, of met des Stadtsteken geyckt zyn.*" In *Zurek* Codex Batavus, Leyden 1764. p. 465. ist *Gewigt Wage* p. 465. hinsichtlich vom Recht Wage zu halten und der Pflicht öffentlicher Wagen sich zu bedienen, nach ehemaliger holländischen Gesetzen die Rede, s. v. *dieven*, *dievery* aber pag. 288. mit Beziehung auf die Polizeiordnung von Zeeland vom 21. Jan. 1673. Art. 10., von denjenigen, die *door ell gewigt of andere practyk* jemand betrügen.

Digitized by Google

Gewicht handeln [89]). Aeltere Commentatoren und Praktiker haben nicht versäumt, auch von falschen Wagen zu reden [90]), und auch in einzelnen Gesetzbüchern

89) Man vgl. Tittmann Handbuch Bd. II. S. 515. §. 508., Martin Lehrbuch §. 191., Hefter Lehrbuch S. 413. §. 392., Feuerbach Lehrbuch §. 414. 415. und zu letzterm die Note 3. von Mittermaier, Abegg Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft S. 291. §. 200., S. 536. §. 415. Doch ist S. 294. §. 205. die Ueberschrift des Art. 113. der C. C. C. „Straf der Fälscher mit Maaß, Wag und Kaufmannschaft" angeführt, in welchem Titel das Wort Wag auch in weiterer Bedeutung steht, weshalb es Gobler mit *ponderando* übersetzt. Remus hat dafür *pondere* gesetzt, und auch im Texte seiner Paraphrase, was jener in seiner Uebersetzung nicht gethan hat, die Wage unerwähnt gelassen. Vgl. die Ausgabe von Abegg S. 124. 125. und Walch Glossar. s. v. Kaufmannschaft. Von Gesetzbüchern, die blos von Maaß und Gewicht reden, sind mehrere schon oben angeführt. Ferner gehört hieher: Oesterreichisches Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen Th. I. §. 178. Th. II. §. 226., Oldenburgisches Strafgesetzbuch von 1814. Art. 208., Entwurf für Sachsen von Tittmann Th. I. §. 1223. 1225. Einige neuere Entwürfe enthalten auch nicht einmal über falsches Maaß und Gewicht besondere Bestimmungen. Von nicht deutschen Gesetzbüchern und Entwürfen vergl. man z. B. Kanton St. Gallisches Strafgesetzbuch von 1809. Th. II. Art. 95.; Codice penale della republica del Ticino, Lugano 1816. Art. 195. 352; Projet de Code pénal pour la republique de Génève, Génève 1829. Art. 194.; Proyetto del Codice penale pel regno d'Italia 1806. Art. 323. 324. 325.; Codice per lo regno delle duo Sicilie P. II. leggi penali, Napoli 1819. Art. 430. Nr. 6. 461. Nr. 31.; Codice penale per gli Stati di Parma etc. 1820. Art. 486 et 530. Nr. 23. Alle diese sprechen wohl von falschem Gewicht, aber nicht von falscher Wage.

90) Damhouder Praxis rerum criminalium cap. 125., der von falsis mensuris, libris, ponderibus, stateris et bilancibus redet mit Beziehung auf römisches Recht und die Sprüche Salomons, ferner Carpzovius practica und Bochmer Medit. l. l. Unter neueren Criminalisten hat Bauer Lehrbuch §. 299. vom wissentlichen Gebrauch falscher Maaße, Gewichte und Wagen als einem Verbrechen wider öffentliche Treue und Glauben, und Roßhirt Lehrbuch §. 227. als einer Art der Fälschung von Maaßfälschung gesprochen, welches Verbrechen sich auf Maaße, Gewicht und Wagen oder die Vorrichtungen beziehe, in welcher die res, quae mensura pondere numero constant, ihre quantitative Bestimmung erhalten.

Digitized by Google

und Entwürfen ist die Sache nicht zu übersehen, oder kann wenigstens leicht unter allgemeinen Ausdrücken verstanden werden [91]). Livingston hat in seinem für Louisiana geschriebenen Entwurfe sogar eine Definition geben zu müssen geglaubt, was man unter falscher Wage zu verstehen habe [92]); die bei weitem sorgfältigsten Bestimmun-

91) In dem Entwurfe für Sachsen von Erhard von 1816 ist Art. 1751. von dem Verbrechen unbestimmter Betrügerei, durch Gebrauch geringern Gewichtes und Maaßes als desjenigen, worauf der Handel geschlossen ist, die Rede, und dann nach mehreren anderen Bestimmungen wider Maaß- und Gewichtfälschung und Gebrauch ungesetzlicher Maaße und Gewichte Art. 1758. Strafe auf betrügerische Abänderung des Gleichgewichts der Wagschaalen oder des Maaßes der Schnellwagen festgesetzt. Hierbei drängt sich die Frage auf, ob man nicht zuweilen unter Bestimmungen gegen falsches Maaß den Gebrauch falscher Wagen verstehen könne? In dem Codex de delictis eorumque poenis pro tribunalibus Hungariae elaboratus, Pestini 1807. pag. 75. ist, wie zum Theil schon im Schwabenspiegel, verfügt: qui falsas mensuras et pondera conficit probasque ac stigmata falsa apponit, hisque scienter utitur, prout et ille *qui justis quidem mensuris et ponderibus sed false utitur* etc., und dies geht natürlich auch gegen Gebrauch falscher Wagen. Auf ähnliche Weise heißt es im Vorschlag zu einem Strafgesetzbuche für das Königreich Norwegen, Christiania 1834, Kapitel 21. §. I. g.: „Wer andern Unrecht thut durch Rechnen, Messen, Zählen oder Wägen", und ähnliche Verfügung enthält auch das noch jetzt geltende schwedische Gesetzbuch von 1734, Handelsbulk cap. 8. §. 4. Hierauf hatte mein College Holtius in handschriftlichen Anmerkungen zu Moll's Abhandlung unsern nun verstorbenen Freund aufmerksam gemacht, und dieser selbst hatte auch zum Motto seiner Abhandlung Levit. 19. 36. gewählt, wo eben so wie in den Sprüchen Salomons von unrechten Wagschalen und unrechten Pfunden die Rede ist. — Man vergleiche noch Landbuch des Hochgerichts Klosters, Chur 1833. S. 75. wo eine Ordnung sich findet: „damit gerecht Gewicht, Waag und Maaß gebraucht werde", und über das Halten der „Gemein Pfechte."

92) System of penal Law prepared for the state of Louisiana, Neworleans 1824. fol. pag. 71. Hier ist unter dem Titel von Verbrechen which affect commerce, und unter dem besondern of false weights and measures verfügt: whoever shall use a *false balance* weight or measure in the weighing of any thing that shall be purchased etc.

Digitized by Google

gen aber enthält über dergleichen Delicte der von G. Th. Staunton bekannt gemachte Strafcodex des chinesischen Reichs[93]). Es liegt nicht in meinem Plane, alle hieher gehörigen gesetzlichen Vorschriften verschiedener Zeiten und Völker hier zusammenzustellen und zu erörtern, meine Hauptabsicht aber, neuere Gesetzgeber besonders solche, welche ausdrücklich analogische Anwendung der Strafgesetze ausgeschlossen wissen wollen, auf die Sache aufmerksam zu machen, glaube ich hiermit zur Genüge erreicht zu haben.

---

knowing such balance etc. be false, and with intent to defraud etc. . . . *the false balance thereby intended is any measure whatever used for ascerting the weight of any personal property.* Auch hier ist also die Wage ein Maaß genannt. Als falsches Gewicht ist dasjenige erklärt, das nicht mit dem *standard* übereinkomme. Das Recht aber *to fix the standard of weights and measures* steht in den amerikanischen Staaten dem Congresse zu. Gordon Digest of the Laws of the united States, Philadelphia 1827. pag. 9. Nr. 69. womit zu vergleichen pag. 290. of frauds on the customs pag. 343. of weighers and gagers.

93) Ta-Tsing-Leu-Lee being the fundamental Laws of the penal Code of China, London 1810. pag. 165. Sect. 155: False Weights, Measures and *Scales*, Dieser Titel beginnt: „Whoever procures false measures or false weights and *scales*, and makes use of them in the public macket and whoever adds to or takes any thing away from those measures weights and *scales* which have been *issued and sanctioned by government* shall be punished with 60 blows. The same punishment shall likewise be inflicted on the artificer of such article. Im Folgenden ist auch in Beziehung auf *scalis* von *standard* die Rede, und verschiedene Strafe, im Fall der Abweichung das von, nach Verschiedenheit der Absicht und Nachlässigkeit festgesetzt. Auch sind wie bei den Römern Strafen gegen die Beamten in der Schatzkammer und in den öffentlichen Magazinen verhängt, wenn dieselben durch Fälschung von Maaß, Gewicht und Wage ein Zuviel oder Zuwenig in der Abgabenlieferung veranlassen.

Digitized by Google

III.

Der Entwurf des Criminalgesetzbuchs für das Königreich Hannover und die Verhandlungen über denselben in 2ter Cammer.

Von

Herrn Dr. Freudentheil

in Stade.

(Fortsetzung von Nr. XXV. des 4. Hefts Jahrg. 1838.)

§. 25 Ad Art. 97. [53]) Das Strafmilderungsrecht der Richter oder das Verhältniß des Richters zum Gesetz.

Der Art. 112. des ursprünglichen Commissions-Entwurfs enthielt die Bestimmung: Wenn wegen Menge und Wichtigkeit zusammentreffender, mildernder Umstände selbst der geringste Grad der gesetzlichen Strafe, nach vernünftigem richterlichen Ermessen, mit dem Grade der Strafbarkeit des besondern Falles in keinem Verhältnisse stehen und solchergestalt mit den in diesem Gesetzbuche befolgten Grundsätzen nicht zu vereinigen seyn würde, so kann das Gericht auf eine geringere als die niedrigste gesetzliche Strafe erkennen. Ein solches Erkenntniß muß

53) Vgl. Bauer's Anmerk. S. 570., dessen Vergleichung S. 42. N. A. f. Crim. R. VI. S. 636. X. S. 145. XIV. S. 274. Neue Folge II. S. 546. Mittermaier über d. neuesten Zustand S. 81. Henke a. a. O. I. S. 564.

Digitized by Google

aber jedesmal durch genaue Anführung der vorhandenen außerordentlichen Umstände gerechtfertigt, und wenn selbst die Strafgattung verändert worden ist, eine Abschrift derselben dem Justizdepartement des Cabinetsministeriums eingesendet werden. Dasselbe findet Statt, wenn das Gesetz die Strafe ohne irgend eine Abstufung genau bestimmt hat. Das hier dem Richter zugestandene Recht, die Strafe bei dem Zusammentreffen erheblicher Milderungsgründe selbst unter das gesetzliche Minimum herabzusetzen, ist in dem neuen Entwurf dem Richter entzogen und dies wichtige Recht auf eine nicht richterliche Staatsbehörde, das Königliche Cabinetsministerium, übertragen worden. Gans nennt den Art. 112. eine Zierde des Entwurfs; Bauer behauptet, daß mit der Hinwegräumung dieses Artikels die Hauptgrundlage des ganzen Criminalgesetzbuchs erschüttert worden. Nicht so häufiger Gebrauch sey von der Todesstrafe gemacht, strengere Strafen würden überall nicht so oft bestimmt seyn, wenn man nicht eine Schutzwehr gegen die dadurch möglicherweise herbeigeführten Härten in dem Art. 112. gefunden hätte. Und gewiß würden auch mehrere Mitglieder der 1ten Cammer kaum für die Beibehaltung der Todesstrafe gestimmt haben, wenn sie nicht gehofft, daß die auf keine gesunden Criminalpolitik beruhende Bestimmung des Art. 97. beseitigt und der ursprüngliche Entwurf wieder hergestellt worden wäre. Es ist der Gegenstand von der größten Wichtigkeit, wir müssen daher etwas länger bei demselben verweilen. Bei der Unbestimmtheit unserer dermaligen Criminalgesetzgebung war nach der Meinung Vieler dem richterlichen Ermessen ein zu großer Spielraum gelassen, welches denn zur Folge gehabt, daß die sich widersprechendsten Erkenntnisse von den verschiedenen Richter-Collegien abgegeben worden. Wir haben in der historischen Einleitung zu dieser Darstellung nachgewiesen, wie

Digitized by Google

durch Doctrin und Praxis sich auch in den hannoverschen Landen das heutige Criminalrecht gebildet und die positive, den Zeitverhältnissen nicht weiter entsprechende Legislation mehr oder minder in den Hintergrund verdrängt worden. Man hat in Verfolg der Zeit diesen entscheidenden Einfluß der Doctrin und Praxis auf die Criminalrechtspflege für verderblich gehalten, wohl gar darin ein sehr bedenkliches, demokratisches Element gefunden. Es hat daher denen, die solchen Ansichten zugethan waren und in der Regel an der Spitze der Verwaltung ständen, nothwendig geschienen, das richterliche Ermessen möglichst zu binden, um jeder Unbestimmtheit in der Criminalrechtspflege vorzubeugen und die so sehr wünschenswerthe Einheit in den Erkenntnissen der verschiedenen Gerichte herbeizuführen. Einheit und eine leblose Gewißheit kann nur durch den Buchstaben, nicht aber durch den Geist, der allein lebendig macht, bewirkt werden; zur Einheit vornehmlich führt das Centralisationssystem, wenn man den unteren Behörden die Selbstständigkeit entzieht, von der Ansicht ausgeht, daß nur in der höhern Behörde die Weisheit verborgen liege, und auf diese die eigentliche Kraft überträgt. Es stehen sich bei den hier in Frage kommenden Lehren die alte und die neue Zeit schroff gegenüber; die alte hat das richterliche Ermessen zu weit ausgebreitet, die neue meint, daß hier jeglichem Uebelstande dadurch abgeholfen werde, wenn sie die richterlichen Behörden möglichst beschränke. Die Wahrheit liegt zwar hier wie auch immer in der Mitte, aber die Erfahrung hat bereits schon gezeigt und wird es noch immer mehr an den Tag bringen, daß das Extrem der neuern Zeit nicht minder verderblich auf eine richtige und gerechte Criminalrechtspflege einwirken werde, wie das der ältern Zeit, und eine Tyrannei der Gesetze herbeiführen kann, die viel drückender ist, als die gefürchtete Despotie der Richter. Andere Legislationen haben denn auch schon,

Digitized by Google

durch die Erfahrung belehrt, den eingeschlagenen Weg verlassen und wiederum das Ermessen des Richters weiter ausgedehnt. Die neueren Legislationen, auch die hannoversche, erkennen den Grundsatz an, daß nach der Größe der Verschuldung die Strafe ausgemessen werden müsse; sie geben zu, daß, wenn auch dem Richter zwischen einem Maximo und Minimo die Wahl gelassen, dennoch Fälle eintreten können, in denen auch das Minimum in keinem gerechten Verhältnisse zu der Größe der Verschuldung stehe, und daher, wenn nicht der oberste Grundsatz — daß Gerechtigkeit im Strafen geübt werde — verletzt werden solle, unter das Minimum herabgestiegen und ein Ausweg, mit dessen Hülfe dieses zu bewirken, gefunden werden muß. In der Sache selbst — daß abweichend vom Gesetze, das ein noch geringeres Uebel als dieses vorschreibt, in gewissen Fällen erkannt werden müsse — sind sich die Parteien einig, nur nicht in den Mitteln und Wegen, durch welche der Zweck erreicht werden soll. Die hannoversche Legislation verweiset die Entscheidung: ob der bezeichnete Fall vorhanden? an das Justizministerium, Andere vindiciren solche für die Richtercollegien. Die eigentliche Streitfrage dreht sich daher nur darum: ob mit größerer Sicherheit dem Ministerio oder den vom Staat bestellten Richterbehörden die Entscheidung in den ungewöhnlichen Fällen anvertraut werden darf? Man wird sich unbedingt für die letzteren entscheiden müssen, da diese sowohl nach der Art der Composition, als ihrem täglichen Beruf, wonach sie auf die Anwendung der Gesetze, auf die Ausmessung der Strafe nach der Individualität des Falles angewiesen sind, eine stärkere Garantie für die Handhabung der Gerechtigkeit, für die Ausführung des Gesetzes im Sinne desselben gewähren, als die Ministerien. Man darf nicht minder bei den Richtern eine wissenschaftliche Ausbildung erwarten. Sie haben Gelegenheit, ihre Theorieen

Digitized by Google

an den sichersten Probirstein, dem der Erfahrung, zu halten, durch sie sind ihre Urtheile gereift und haben ihre Ansichten Festigkeit erhalten. Die tägliche Uebung giebt ihnen eine Gewandtheit, je nach der Eigenthümlichkeit des Falles das richtige Strafmaaß aufzufinden, und zu erkennen: ob bei der Menge und Wichtigkeit der ermittelten Milderungsgründe selbst das angedrohte Minimum in keinem gerechten Verhältnisse mit der zu bestrafenden That steht? Man hat den Juristen und vielleicht nicht ohne Grund ein zu strenges Festhalten an der Form und am Buchstaben vorgeworfen; daher wird nach der ganzen Bildung und der Stellung der Richter mehr zu besorgen seyn, daß sie starr am Buchstaben des Gesetzes kleben, als daß sie Mißbrauch treiben mit dem ihnen zugestandenen Milderungsrechte. Die Justizministerien geben diese Bürgschaft weder quantitativ noch qualitativ. Beim Andrange von Geschäften müssen nicht selten Gehülfsarbeiter aushelfen. Treten Zeiten ein, in denen Partei-Kämpfe und Partei-Leidenschaften bei den verschiedenen politischen Confessionen den richtigen Ueberblick trüben, so wird das Vertrauen zu der Verwaltungsbehörde geschwächt und von den Richtercollegien, da ihr tägliches Tagewerk sie geschickt gemacht, sich über die Partei-Leidenschaften zu erheben, nur erwartet werden dürfen, daß sie allen, weß politischen Glaubens sie auch seyn mögen, eine sichere Wehr bleiben für bürgerliche Freiheit und Recht. Wenn man nun einmal die Nothwendigkeit anerkennt, daß in Einzelfällen unter dem Minimo der Strafe erkannt werde, wenn man sogar dieserhalb eine Bestimmung in das Gesetzbuch aufnimmt, so wird solche doch kein müßiges Aushängeschild seyn, sondern auch eine praktische Bedeutung haben sollen. Durch die Aufnahme einer Bestimmung der Art, wie der Art. 97. sie enthält, hat die Gesetzgebung die Verpflichtung übernommen, dafür Sorge zu tragen, daß sie auch zur Aus-

Digitized by Google

führung komme, mithin, daß bei der Menge und Erheblichkeit von Milderungsgründen eine geringere als die gesetzliche Strafe erkannt werde. Es liegt der Behauptung, daß in der Anwendung des Art. 97. nur ein Act der Gnade liege, eine arge Täuschung unter. Der Gnadenact ist völlig frei, er ist aus reiner Huld hervorgegangen, nicht durch ein Gesetz hervorgerufen. Der Art. 97. verpflichtet den Richter, in dem von ihm bezeichneten Fall auf Gnade anzutragen, und ermächtigt das Ministerium, eine gelindere Strafe auszusprechen, oder mit andern Worten, zu erkennen, daß nicht der Buchstabe, sondern der Geist des Gesetzes, der ihm inwohnende Grundsatz, daß das Maaß der Strafe mit der Größe der Verschuldung in Verhältniß stehen muß, zur Anwendung kommen solle. Es gehört aber — worauf von Bauer a. a. O. S. 571. mit vollem Rechte hingewiesen — die Frage: ob der vom Gesetzgeber vorausgesetzte Grad der Strafbarkeit in dem einzelnen Fall vorhanden und ob also die gesetzliche Strafe verwirkt sey? zur richterlichen Beurtheilung. Man hat den Justizcollegien das Videtur und der höchsten Verwaltungsbehörde in Justizsachen das Judicatum übertragen, erstere in eine völlig schiefe Stellung gebracht, die verschiedenen Gewalten, wenn denn einmal von der nothwendigen Trennung der Gewalten die Rede seyn soll, verwirrt. Der Richter soll, wenn er die Ueberzeugung gewonnen, daß nach den dem Gesetzbuch unterliegenden Grundsätzen, nach der Individualität des Falles das gesetzliche Minimum nicht zur Anwendung kommen kann, einen ehrerbietigsten Bericht an das Ministerium abstatten, und darauf antragen, daß man in Gnaden geruhen möge, sein Erkenntniß zu bestätigen. Der Richter giebt in der That das Erkenntniß ab, und nur der Revision des Justizministerii wird solches mit der für letzteres zu weit getriebenen Befugniß, das Erkenntniß anzuneh-

Digitized by Google

men oder zu verwerfen, unterstellt. Warum diese Verweitläuftigung der Arbeiten, die noch dazu mit der Würde des Richterstandes nicht einst vereinbarlich ist, und was soll durch den im Art. 97. bestimmten Umweg gewonnen werden? Die Antwort auf diese Fragen wird nicht durch eine allgemeine Verdächtigung des Richterstandes, der nur zu sehr geneigt seyn soll, die Härte der Gesetzgebung auszugleichen, Strafen zu mildern, nicht die gespensterartige Furcht, daß allgewaltig der Einfluß der Praxis auf die Umbildung der Gesetzgebung seyn und aufs Neue wieder der jetzige Unfug, wie man das nennt, eintreten und die Bande der positiven Gesetze völlig auflösen werde, gegeben. Hält eine Gesetzgebung keinen Stand mehr wider den Geist (sit venia verbo) der Zeit, so ist das ein untrügliches Zeichen, daß sie ihre Zeit überlebt, und es ist nicht abzusehen, was dem Volke daran liegen kann, einen in der Zeit abgestorbenen Körper mumienartig zu conserviren oder ihm ein Scheinleben einzuhauchen. Wider solche Ansichten wird eine gewisse Schule gewaltiges Geschrei erheben, sie wird es nicht begreifen, wie ein Jurist solche Worte über die Zunge bringen kann, sie wird uns im übermüthigen Dünkel mit einigen Phrasen abfertigen, als da sind: lex tam quam dura tamen scripta est, der Richter hat sich an den Buchstaben des Gesetzes zu halten und nicht zu raisonniren. Diese allgemeinen Regeln sind aber leider keine Zauberformeln, wodurch der Dämon des Tages beschworen werden kann. Unvermerkbar rückt die leblose Natur, wie die geistige fort, unvermerkbar schleicht sich in den Geist, selbst des Richters, der sich zu der Confession, daß sich vom Worte kein Jota rauben läßt, bekennt, die Zeit ein, er lebt in derselben und wird sich ihr — aller Rürchternheit zum Trotz, die seinem Stande eigen seyn soll — nicht erwehren können. Die Geschichte der Jurisprudenz und Legislation hat die Wahr-

Digitized by Google

heit dieser Ansichten bestätigt, alle Legislationen sind abgestorben, wenn sie ihre Begründung nicht mehr in der Meinung der Besseren der Nation fanden. Man hat die Finger dem Meineidigen nicht weiter abgehauen, die Verstümmelungsstrafen in die Polterkammern einer vergangenen Zeit geworfen, als man zur richtigern Erkenntniß vom Wesen und Zwecke der Strafe gelangte. — So wird auch das Prügelsystem, das man recht con amore in dem Entwurf nicht so sehr als in den Reformationen in pejus der Cammern ausgebildet, sehr bald eine Antiquität werden, und es sich zeigen, daß solches im Criminalrecht seine Entstehung nur der Ansicht einzelner Schulrechtsgelehrten und solcher Praktiker, die da eben meinen, daß im Menschen vorzugsweise der Körper dominire, verdankt, dennoch aber glauben in unbegreiflicher Kurzsichtigkeit einzelne Helden des Tages, daß sie, wie ihren Geist, die Geschichte festbannen können in einen bestimmt abgezirkelten Kreis. So lange die Gesetzgebung in der Zeit steht und die Praxis nicht dringend das Bedürfniß ihrer Fortbildung fühlt, wird sie feststehen, und am allerwenigsten von dem Stande der Wächter der Gesetze, die mehr geneigt sind, hinter der Zeit zurückzubleiben, als ihr vorzueilen, einiges zu befahren haben. Ist nun dem also: warum dann einen Stand durch unwürdiges Mißtrauen verunglimpfen, der zu den ehrenwerthesten gezählt werden muß, so lange noch die Worte eines weltgeschichtlichen Gesetzeswerks: Jus est ars boni et aequi ac juris consulti sunt sacerdotes, ihre Währung behalten [54]). Es ist wünschens-

54) Der baierische Codex sucht in den Anmerkungen (Bd. I. S. 236.) die von uns angegriffenen Bestimmungen durch folgende Betrachtungen zu rechtfertigen: „Gesetze werden so gegeben, wie sie den gewöhnlichen Fällen und Verhältnissen anpassen, sie können in die außerordentlichen Combinationen nicht herabsteigen, unter welchen wegen Menge und Wichtigkeit zusammentreffender Umstände eine strafbare That zuweilen, in ihrer Strafbarkeit, so sehr gemindert

Digitized by Google

werth — sagt man ferner — daß die Entscheidung der Frage: ob die Strafe unter dem gesetzlichen Minimo bleiben dürfe, immer von einer und derselben Behörde ausgeht. Wir können diesen Einwand nicht

---

wird, daß die gesetzliche Strafe auch im niedrigsten Grade noch immer mit der eigenthümlichen Strafbarkeit des besondern Falles im ungleichen Verhältnisse stehet. Hier würde das strenge Recht in eine Ungerechtigkeit ausarten, wenn man das Strafgesetz auf einen Fall anwendete, welcher in dem Willen des Gesetzgebers wirklich nicht lag. Inzwischen scheint (?) es auch bedenklich, aus solchen Gründen den Gerichten allein eine Abänderung der Strafe zu überlassen, um so mehr, als sie nicht wissen können (?), wie weit solche ungewöhnliche Umstände den Gesetzgeber zu einem Nachlaß an der Strafe bewegen werden." Der baierische Codex also erkennt die Nothwendigkeit des Herunterseigens unter das Minimum der gesetzlichen Strafe an, erklärt es sogar für eine baare Ungerechtigkeit, wenn man das Gesetz auf Fälle anwenden wollte, welche der Gesetzgeber gar nicht vor Augen gehabt. Bedenklich aber scheint es der baierische Codex gehalten zu haben, die Antwort auf die Frage: ob ein Fall da sey, bei welchem es in dem Willen des Gesetzgebers nicht gelegen, daß er mit der scharfen Poen verfolgt werde, die der Buchstabe mit sich bringe? dem Richter anzuvertrauen, weil er nicht wissen könne, wie weit solche ungewöhnliche Umstände den Gesetzgeber zum Nachlaß in der Strafe bestimmt haben würden. Das ganze Raisonnement würde, falls solches überall zutreffend, in absoluten Staaten, in denen die legislatorische Gewalt ohne alle Einschränkung in die Hände des Staatsoberhaupts gelegt worden, nicht aber für constitutionelle Staaten, bei welchen mit dem Landesherrn gleich starke Rechte bei der Gesetzgebung die Landesvertreter ausüben. Geht man von der Ansicht, die der baierische Strafcodex in den Anmerkungen voranstellt, aus, daß der Gesetzgeber in den ungewöhnlichen Fällen seine Meinung aussprechen, also gleichsam eine authentische Declaration abgeben müsse, so würde daraus folgen, daß eine solche Declaration in jedem einzelnen ungewöhnlichen Falle von der gesetzgebenden Gewalt selbst eingeholt werden müßte. Daß eine Procedur dieser Art den unerträglichsten Weiterungen den Weg bahnte, bei denen der Zweck nicht zu erreichen, ist wohl so ziemlich klar. Demnach ist nur die Frage: auf welchem Wege ist der als unabweislich anerkannte Zweck sicher zu erreichen? zu beantworten. Das nun kann auf keine andere Weise geschehen, als wenn man dem Richterstande die Entscheidung auch in den außergewöhnlichen Fällen anvertraut. In dem griechischen Strafgesetzbuch, das dem baierischen

Digitized by Google

für zutreffend halten, weil damit nicht einst der Zweck, den man vor Augen hat — Uniformität in den Entscheidungen — erreicht wird. Die Ansichten bei dem einzelnen Menschen, noch mehr in ganzen Collegien, verändern sich. Eine Gleichförmigkeit wird daher selbst dann, wenn man das Urtheilsprechen an ein Collegium fesselte, nicht zu erreichen seyn, und wäre sie möglich, solches die bedenklichsten Früchte tragen, die Verewigung der Irrthümer zur Folge haben. Wenn aber auch es löblich, daß von einem Collegio die Entscheidung über die außerordentlichen Fälle der vorliegenden Art stets ausginge, so würde doch damit die Vorschrift des Art. 97. nicht gerechtfertigt seyn, sondern richtiger würde man die Entscheidung an die höchste Richterinstanz, an den Criminalsenat des Ober-Appellationsgerichts verweisen. Aber wir würden uns auch für eine solche Verweisung nicht einst entscheiden, weil uns es immer scheint, daß die Anwendung des Art. 97. in den besten Händen liegt, wenn sie dem Richtercollegio verbleibt, daß es täglich das Gesetz zur Anwendung zu bringen die sicherste Gelegenheit hat, sich theoretisch und praktisch mit dem Inhalte des Gesetzbuchs bekannt zu machen und sich eine nicht gewöhnliche Kunstfertigkeit in der Behandlung individueller Fälle zu verschaffen. Und nie soll es — wir müssen darauf zurückkommen — übersehen werden, daß kein Gesetzbuch für ewige Zeiten gegeben werden kann, daß stets die Zeit ihren nicht zurückweisenden Einfluß auf

---

schen nachgebildet, wird dem Richter ausdrücklich untersagt, unter das Minimum der Strafe herabzugehen (Art. 108. Nr. 3.) Nur wenn die Vernunftthätigkeit wesentlich gestört, kann auf eine geringere als die gesetzliche Strafe erkannt werden (Art. 87.) (vgl. Maurer das griechische Volk Bd. 3. S. 376. 377. Kritische Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung Bd. 7. S. 305.) Dagegen erweitert das französische Gesetz vom 28. April 1832 bedeutend den Wirkungskreis der Richter (vgl. kritische Zeitschrift Bd. 4. S. 455. und Bd. V. S. 216. N. A. Bd. XIII. u. f. w. S. 340.)

Digitized by Google

die Criminalrechtspflege äußert, daß diese mit der Zeit aus- und fortgebildet wird, daß durch die Zeitverhältnisse erlaubte Handlungen zu Verbrechen gestempelt und letzteren das verbrecherische Wahrzeichen genommen werde. Die Richter können sich nicht dem Einfluß der Zeit ganz entziehen. Die Carolina hatte absolut bestimmte Strafen für einzelne Verbrechen festgestellt, sie sind nicht beachtet, man ist unter das gesetzliche Strafmaaß gestiegen, wenn gleich dazu der Gesetzgeber dem Richter keine allgemeine Ermächtigung gegeben. Dieselben Folgen werden eintreten, wenn man den Richter zu sehr einengt oder seine Erkenntniß an eine Zustimmung bindet, welche ihn aus seiner natürlichen Stellung rückt. Ohne Mißtrauen vertraue man auch dem Richterstande die Aus- und Fortbildung der positiven Gesetze an, das Volk, für welches sie doch gegeben, wird sich dabei sehr wohl befinden. Man lege die Antwort auf die Frage: „ob bei der Menge und Erheblichkeit der Milderungsgründe nicht eine gelindere Strafe als die gesetzliche erkannt werden muß, wenn sie im Verhältniß zur Größe der Verschuldung gebracht werden soll?" vertrauensvoll in seine Hände *). Man beenge nicht dieses Recht dadurch, daß man ihn in den hier bezeichneten Fällen nur ermächtigt, statt der gesetzlichen die zunächst gelindere Strafe zu erkennen. Diese Halbheit wird nicht zum Ziele führen und wie jede Halbheit noch nachtheiliger wirken, als wenn man gänzlich jene Frage der richterlichen Cognition entzieht. — Wir wenden uns jetzt zur Darstel-

*) Die Geschichte der Verhandlungen über das richterliche Ermäßigungsrecht ist merkwürdig. Der Entwurf der Regierungs-Commission, an dessen Spitze der Chef des Justiz-Ministerii stand, erweitert die richterlichen Befugnisse in Art. 112., beschränkt werden sie im revidirten Entwurf; in der ersten ständischen Commission erklärt sich für die Wiederherstellung des Art. 112. nur eine Stimme, und in der zweiten ist gar nicht weiter davon die Rede.

Digitized by Google

lung der Verhandlung selbst. Syndicus Lünzel trägt in der ersten Commission auf völlige Wiederherstellung des Art. 112. des ursprünglichen Entwurfs an. Gegen diesen Antrag stimmen sämmtliche übrige Mitglieder der ersten Commission, und in der zweiten Commission ist gar nicht weiter von einer Wiederherstellung des Art. 112. die Rede. Wie sodann in der 2ten Cammer die Sache zur Berathung kommt, stellt Dr. Freudentheil den Antrag auf Beseitigung des Art. 97. und Wiederherstellung des Art. 112. des frühern Entwurfs. Ich darf — sagt der Antragsteller — für diesen Antrag die Aufmerksamkeit des Hauses um so mehr in Anspruch nehmen, da der Artikel, der jetzt zur Berathung vorliegt, wenn nicht der wichtigste, doch einer der wichtigeren im ganzen allgemeinen Theil, und es wohl werth ist, daß er der ernsthaften Erwägung unterstellt werde. Es handelt sich hier um nichts Geringeres, als vom Umfange der richterlichen Gewalt, ja selbst von der Frage: ob der Richter innerhalb der natürlichen Gränzen seiner Competenz frei sich bewegen, oder ob ihm in gewissen, vielleicht den wichtigsten Fällen, der Spruch gleichsam von oben herab dictirt werden solle? Ich vindicire für die Justiz eine Gewalt, die der Regierungsentwurf der Administration zugewiesen, ich gehe dabei nicht allein von dem Gesichtspunkte aus, daß die Justiz, soll sie ihre großen Zwecke erfüllen, frei bleiben muß von jedwedem fremden Einflusse und vorzugsweise die Strafen zuzumessen hat, sondern auch von der Ueberzeugung, daß die Sicherheit der Person des Staatsbürgers nur dann vollkommen gesichert, die materielle Gerechtigkeit nur dann so viel als thunlich gefördert werden könne, wenn dem Richter gestattet wird, in dringenden Fällen selbst unter dem Minimum der gesetzlichen Strafen zu erkennen. Frage ich nach den Gründen, woher das Mißtrauen gegen die Justiz entstanden, warum neuere

Digitized by Google

Legislationen ängstlich Bedacht auf Beschränkung des richterlichen Ermessens genommen, so muß ich in die Geschichte zurückgehen. Die Carolina, bei ihrem Entstehen ein Werk wahrhaft legislatorischer Kunst, hat im Verfolg der Zeit theilweise ihre frühere Bedeutung verloren, manche Strafbestimmungen haben sich als zu hart, ja als zu grausam erwiesen. Da die Legislation nicht mit der Zeit fortgeschritten, so ist die natürliche Folge davon gewesen, daß der Richter an dem unpassenden Gesetze gezerrt und sich überall bemühet, die Strafbestimmung mehr in Einklang mit der wahren Gerechtigkeit zu bringen, es hat sich eine dem veralteten Gesetze nicht entsprechende Praxis gebildet. Man hat gemeint, diesem Wesen steuern, das Uebel heilen zu können, wenn das richterliche Ermessen in enge Schranken zurückgewiesen, wenn gleichsam Taxordnungen für Verbrechen und Strafen erlassen würden, man ist in das entgegengesetzte Extrem verfallen. Das hannodersche Strafgesetzbuch, das sich überhaupt rühmlichst vor den deutschen ähnlichen Legislationen auszeichnet, hat sich von diesem Fehler frei gehalten, es hat nicht mit ängstlichem Mißtrauen das richterliche Ermessen eingeengt, sondern demselben durch mannigfache Bestimmungen einen möglichst weiten Spielraum gelassen. In vielen, in den meisten Fällen hat der Richter die Strafe auszumessen zwischen einem Maximum und Minimum. Aber dennoch können Fälle, und zwar sehr viele Fälle eintreten, wo selbst der geringste Grad der gesetzlichen Strafe als zu hart erscheint, nach dem Strafrechtsprincip, nach den Grundsätzen, die dem Criminalgesetzbuche untergelegt. Den Ungerechtigkeiten, welche solche mit dem Verbrechen in keinem Verhältnisse stehenden Strafbestimmungen in einzelnen Fällen herbeiführeten, muß vorgebeugt werden, und dieses wird dann am sichersten geschehen, wenn, wie von mir vorgeschlagen, der Richter ermächtigt wird,

Digitized by Google

in dringenden, in meinem Antrage angedeuteten Fällen, selbst auf eine geringere Strafe als die gesetzliche zu erkennen. Die Gründe für diesen Antrag sind entlehnt, einmal aus dem Strafrechtsprincip, wonach der Verbrecher nach dem Maaß der innern und äußern Verschuldung zu strafen und, so viel als möglich, innere Verschuldung der Strafe anzupassen sey. Dieser Grundsatz liegt auch dem Criminalgesetzbuche unter und entspricht überhaupt dem Geist und Wesen der deutschen Legislation. Diese haben den großen Vorzug vor manchen andern, daß ihnen nicht das Höchste das formale Recht ist, sondern daß sie dahin streben, die materielle Gerechtigkeit zu fördern. Darum wollen sie, daß bei der Zumessung der Strafe nicht allein die äußere That, wie sie in der Sinnenwelt eintritt, sondern auch, daß die Ursachen, welche sie veranlaßt, die Umstände, welche sie begleitet, berücksichtigt werden. Will man diese Grundsätze festhalten, will man nicht dem formellen Recht die wahre Gerechtigkeit zum Opfer bringen, so muß man das richterliche Ermessen nicht einengen, man muß dem Richter gestatten, in gewissen Fällen selbst unter der geringsten gesetzlichen Strafe zu erkennen. Ich entlehne ferner einen Grund für meinen Antrag aus der Unmöglichkeit für alle kommenden Fälle, bei ihrer großen Verschiedenartigkeit, gerechte Strafbestimmungen zu treffen, selbst wenn man auch zwischen der höchsten und geringsten gesetzlichen Strafe einen weiten Spielraum läßt. Für die Fälle, welche der Gesetzgeber nicht vorher bedacht, für welche die im Gesetze angedrohte Strafe zu hart ist, müssen — soll anders die Strafe so weit als möglich der innern Verschuldung angepaßt werden — ein Abkommen getroffen werden, und das wird nur dann geschehen, wenn man in die Hände des Richters das Milderungsrecht legt. Dieses ist ihm abgeschnitten, und er fast zum Straftaxator herabgesunken, wenn der

Digitized by Google

Entwurf in seiner jetzigen Fassung bestehen bleibt. Ich entlehne drittens einen Grund für meinen Antrag aus der Natur der richterlichen Gewalt. Das Auffinden des Grundes der Verschuldung und der Strafwürdigkeit eines Angeschuldigten ist Sache des Richters, dieser hat die Strafe zuzumessen, darum kann die Strafanwendung, die im Verhältnisse zum aufgefundenen Grunde der Verschuldung stehen soll, nicht der richterlichen Cognition entzogen werden. Den Einwand, daß dem Richter durch meinen Vorschlag ein Begnadigungsrecht verliehen wird, weise ich als völlig unbegründet zurück, da zwischen der Strafmilderung, welche der Richter stets ausgeübt, und der Begnadigung ein sehr wesentlicher Unterschied sey. Das richterliche Amt wird in eine sehr schroffe Stellung gebracht, wenn man in allen den, im Entwurf bestimmten Fällen, den Richter verpflichtet, statt des gerechten richterlichen Spruchs eine Begnadigung bei der höchsten Behörde in Antrag zu bringen. Wenn der Richter sich aus den Acten überzeugt, daß bei der Menge und Wichtigkeit der mildernden Umstände die gesetzliche Strafe zu hart, nicht gerecht sey, so soll er eine gerechtere bei der höchsten Behörde in einem unterthänigsten Bericht vorschlagen, und diese soll dann, als einen Act der Gnade, die mehr gerechte Strafe bestimmen. Der Unterthan, auch der Verbrecher, hat das Recht, zu fordern, daß er nach dem Maaß nicht allein der äußern, sondern auch der innern Verschuldung gerichtet werde, da ihn keine andere Strafe treffen darf, als die er wohl verdient. Hofft man das Unrecht durch Begnadigung zu heben, so häuft sich die Zahl der Begnadigungsfälle zu sehr, und es ist auch nicht abzusehen, warum der Verbrecher der Gnade verdanken soll, was er als Recht fordern kann. An den richterlichen Spruch, welcher zur Ketten- und Karrenstrafe verurtheilt, knüpften sich überdies Folgen (Art. 16.), die durch die Begnadi-

Digitized by Google

gung, wenn einmal der Spruch erfolgt ist, nicht gehoben würden. Mißbrauch, Nachtheile besorge ich nicht von der Erweiterung des richterlichen Ermessens, weit eher fürchte ich nachtheilige Folgen bei Strafbestimmungen, die zu sehr specialisirten und in einzelnen Fällen zu einer wahren Gesetzesdespotie ausarten können, die am allerwenigsten dazu geeignet ist, wahre Gerechtigkeit zu fördern. Kommt es darauf an, für meine Ansichten Autoritäten anzuführen, so darf ich mich berufen auf die Commission, welche den ersten Entwurf des Strafgesetzbuches bearbeitet, auf die Stimmen ausgezeichneter Criminalisten, welche mit Recht den Art. 97. in seiner ursprünglichen Gestalt einen Glanzpunkt in unserm Criminalgesetzbuch nennen. Ich empfehle meinen Antrag zur Annahme des Hauses. — Die Gründe, welche diesem Antrage vom Ober-Justizrath Jacobi, Schatzrath Stüve, Amtsassessor Bening und Justizrath Lünzel entgegengesetzt wurden, waren entlehnt aus dem natürlichen Wirkungskreis des Richters und der bisherigen Unsicherheit der Praxis. Durch die Annahme desselben gehe — meinten die Opponenten — der praktische Werth des Gesetzbuchs verloren, dem Richter werde ein Begnadigungsrecht dadurch verliehen, sein natürlicher Wirkungskreis, der im Rechtsprechen bestehe, verrückt, und zwei Gewalten verwechselt, die genau getrennt seyn und genau getrennt gehalten werden müßten, wenn man nicht die bedenklichsten Folgen herbeiführen wolle. Die bisherige Praxis sey das lebendigste Beispiel einer solchen Verwirrung, sie sey wahrer Unfug gewesen, den man nicht wieder hervorrufen dürfe. Dieser Zustand der Praxis, welche die Criminalgesetze gänzlich aufgelöset und des Richters Ermessen zur Entscheidungsquelle erhoben, solle eben durch das Gesetzbuch aufgehoben werden. Das werde nicht geschehen, wenn man dem Richter gestatte, die Gränze,

Digitized by Google

welche für ihn das Gesetz stets bilden solle, zu verlassen, und eine Strafe zu erkennen, welche das Gesetz nicht vorschreibe. Wenn in früheren Zeiten dem Richter ein größeres Ermessen zugestanden, so finde das in der damaligen, auf dem Schöffenwesen und der Theilnahme der Gerichts-Eingesessenen an der Findung der Urtheile beruhenden Gerichtsverfassung seine genügende Erklärung, und sey deshalb unbedenklicher gewesen, weil dem Urtheilssprecher zugleich die Gesetzgebung zugestanden. Das sey alles jetzt ganz anders. Der Richter sey auf das Gesetz hingewiesen, dieses habe er zu interpretiren, nicht zu verändern, für ihn bilde das Gesetz eine unübersteigbare Gränze. Wenn auch das gegenwärtige Gesetzbuch gleich der Carolina im Verfolg der Zeit an seiner Anwendbarkeit verlieren werde, so sey es doch bedenklich, die Abänderung zu gestatten, dadurch gleichsam einen Riß im Gesetz zu machen und dessen Anwendung in Frage zu stellen. Zudem sey es angemessener, wenn stets dieselbe Behörde in Fällen der vorliegenden Art entscheide. Der Antrag des Dr. Freudentheil wurde abgelehnt.

Ad Art. 99. 100. 101. Milderung der gesetzlichen Strafe, A. wegen jugendlichen Alters.

Die Bestimmungen dieser Artikel, wonach das jugendliche Alter vom 10ten bis zum zurückgelegten 15ten Jahre einen Milderungsgrund der gesetzlichen Strafe und die Verwandlung der Gefängnißstrafe in körperliche Züchtigung zulässig seyn soll, haben vornehmlich den Gegenstand der Berathung in der Commission und den Cammern gebildet. Man hat zunächst in der 1sten Commission erwogen: ob auch der vorgeschlagene terminus ad quem weit genug ausgedehnt sey, und dafür gehalten, daß, da die geistige Entwickelung nach klimatischen Verhältnissen in den nördlichen Gegenden später eintrete, das vollendete

Digitized by Google

16te Jahr angesehen werden darf. Man ist ferner von der Ansicht ausgegangen, daß bei der Bestrafung jugendlicher Verbrecher vorzugsweise auf die Besserung derselben Bedacht genommen werden müsse, hat gemeint, daß auf diesen Zweck durch die Arbeitshausstrafe am sichersten hingewirkt werden könne, und darum eine Verlängerung derselben über den im Entwurfe bestimmten Zeitpunkt hinaus für zuträglich gehalten. Man ist aber nicht auf den Gedanken gekommen, daß durch die körperliche Züchtigung die zu erstrebende Besserung mehr gehemmt als gefördert werden könne, man scheint vielmehr darüber außer allem Zweifel gewesen zu seyn, daß der Stock ein kräftiges Erziehungsmittel für jugendliche Verbrecher sey. Nicht eine einzige Stimme hat sich wider die Zulässigkeit des Prügelsystems erhoben, aber wohlmeinend genug ist man gewesen, zu erklären, daß dieses System bei Verbrechern, die in dem jugendlichen Leichtsinn Entschuldigung für ihre Begehungs- und Unterlassungssünden suchen und finden, mit der erforderlichen Schonung ausgeführt werden müsse. Man ist von solchen Ansichten ausgehend zu dem Beschluß gelangt, den Art. 99. dahin zu fassen: A. wegen jugendlichen Alters. Gegen Personen, die zwar das 12te, aber noch nicht das 16te Jahr zurückgelegt haben, kann nur auf folgende Strafen erkannt werden: 1) auf körperliche Züchtigung; 2) auf Gefängniß bis zu vier Wochen, welches mit angemessener Arbeit zu verbinden ist und durch körperliche Züchtigung geschärft werden kann; 3) auf Strafarbeitshaus von Einem Monate bis zu Zehn Jahren. „Bei solchen Verbrechern ist die eigenthümliche Beschaffenheit und der Grad der Entwickelung und Ausbildung ihrer Seelenkräfte sorgfältig zu untersuchen, und hiernach zu beurtheilen, ob sie das Verbrechen mit hinlänglicher Unterscheidungskraft verübt haben oder nicht, je nachdem diese mehr oder weniger ausgebildet befunden, und das verübte Verbrechen schwerer oder

Digitized by Google

leichter ist, hat der Richter dafür eine verhältnißmäßige Strafe innerhalb der obigen Gränzen zu bestimmen. Bei Vollstreckung der Strafen an jugendlichen Verbrechern ist auf die Erziehung und Besserung derselben ein Hauptaugenmerk zu richten, und bei Verhängung körperlicher Züchtigungen auf die Schonung ihrer Gesundheit die sorgfältigste Rücksicht zu nehmen." Die 2te Commission billigte diese Fassung nicht; weil sie dem Richter zu weiten Spielraum lasse, ihm auch zu wenig feste Punkte gebe, an welche er sich bei der Entscheidung der einzelnen hieher gehörigen Fälle halten könne. Man gab zu, daß man dem Richter für alle solche Fälle, in welchen der Verbrecher nicht mit genügender Unterscheidungskraft gehandelt, die Wahl zwischen dem Minimo und Maximo anvertrauen, daß aber solches in dem entgegengesetzten Falle, wenn er als Criminalrichter nach gehörig begränzten Regeln urtheilen müsse, nicht geschehen dürfe. Das 16te Jahr hielt man den klimatischen Verhältnissen zufolge mit der 1sten Commission als das richtige Discretionsjahr, auch Besserung als Hauptzweck bei der Strafe jugendlicher Verbrecher. Man schlug vor: a) statt des zehnten das zwölfte, und statt des funfzehnten das sechzehnte Jahr zu setzen; b) die Nr. 1. 2. 3 und 4. dieses Artikels folgendermaßen zu fassen: daß 1) die Todesstrafe, so wie die lebenslängliche Kettenstrafe, in die Strafe des Arbeitshauses bis zu 10 Jahren; 2) die zeitliche Kettenstrafe, so wie die Zuchthausstrafe, in die Strafe des Arbeitshauses von 1 Monat bis zu 3 Jahren verwandelt; 3) die Strafe des Arbeitshauses und Gefängnisses abgekürzt oder erstere in Gefängniß und letztere in mäßige körperliche Züchtigung verwandelt werde. Als der Artikel in der 2ten Cammer zur Berathung kommt, stellt Schatzrath Stüve dazu den Antrag: den frühern Commissions-Entwurf wieder herzustellen. Die 1ste Commission, sagt er, sey von der An-

Digitized by Google

sicht ausgegangen, daß bei jugendlichen Verbrechern besonders auf die Besserung derselben und eine Art von Erziehung Rücksicht zu nehmen sey, und deshalb dem Richter hierin ein außerordentlicher Spielraum gegeben werden müsse, damit er alle aus der Individualität, herausgehenden Gründe gehörig erwägen und darnach auf den Verbrecher einwirken könne. Man habe ferner geglaubt, daß dieser Zweck am besten durch strenge Beschäftigung erreicht werde, und deshalb die Arbeitshausstrafe so weit ausgedehnt. Auf der andern Seite sey man aber auch der Meinung gewesen, daß ein sinnlicher Eindruck durch körperliche Züchtigung angemessener sey, als einfaches Gefängniß; daß aber diese Züchtigung mit gehöriger Schonung geschehen müsse, versteht sich von selbst. O. J. R. Jacobi und A. A. Behning schließen sich diesem Antrage an, und er wird im Wesentlichen bei der Abstimmung angenommen. Dr. Freudentheil tritt in der zweiten Berathung mit dem Antrag hervor: den in erstrer Berathung gefaßten Beschluß, daß Gefängnißstrafe in körperliche Züchtigung verwandelt werden könne, wieder aufzuheben; und nachdem dieser Antrag abgelehnt, in der dritten mit dem modificirten: daß ausdrücklich ausgesprochen werden möge, daß die körperliche Züchtigung nicht auf Verbrechen angewendet werde, die ihre Quelle mehr in jugendlicher Uebereilung, Leichtsinn, Genußsucht, als in Bosheit haben. Mein Antrag ist vornehmlich gegen das Prügelsystem gerichtet, welchem auch gegen jugendliche Verbrecher auf eine exorbitante Weise der gesetzliche Stempel aufgedrückt werden soll. Der Knabe unter 15 oder 16 Jahren gehört noch mehr dem Hause als dem Staate an. Die patriarchalische Zeit ist vorüber, in welcher Obrigkeit und Unterthan wie Vater und Kinder zu einander standen. Die Staatsdiener sind zu Lohndienern geworden, und in die Hände der letzteren

Digitized by Google

darf man daher nicht Erziehungsmittel legen, welche nur den Vater und auch dem, der seine Stelle vertritt, dem Lehrer und Lehrherrn, anvertraut werden dürfen. Vollzieht die Obrigkeit eine körperliche Züchtigung, so wird dies in der Regel (und von der Regel kann nur bei legislatorischen Bestimmungen die Rede seyn) das Gefühl des Knaben tief verletzen, verstockt machen und am sichersten dazu geeignet seyn, den Weg der Besserung ihm ganz zu verschließen. Was die Sache noch gefährlicher macht, ist, daß der Willkühr der Richter zu großer Spielraum bei Erkennung der Züchtigung gelassen. Ihnen gestattet wird es, Prügelstrafen bei allen Verbrechen, welche das Gesetzbuch mit Gefängnißstrafe bedroht, zu erkennen. Wohin das am Ende führt, wie es die Ehre selbst des wohlgebildeten Knaben, der sich im jugendlichen Uebermuthe zu irgend einer verbotenen Handlung fortreißen läßt, zerstören kann, wird ein Blick in den speciellen Theil des Criminalgesetzbuches nur zu deutlich an den Tag bringen. So z. B. ist 1) Verletzung der Amtsehre (Art. 144.) in der Regel mit Gefängniß belegt. Also ein Knabe von 12 Jahren erhält Prügel, wenn er seine Begriffe über Amtswürde nicht ausgebildet hat, und die Amtsehre verletzt. Was ein Junge von Amtsehre wisse? 2) Wenn Knaben sich balgten, und der eine den andern an seinem Körper vorsetzlich verletzt, so ist er nach Art. 239. des Verbrechens der vorsetzlichen Körperverletzung schuldig, und muß daher, da die Verletzung selbst dann, wenn sie keine bleibenden Nachtheile zurückgelassen, nach Art. 244. mit Gefängnißstrafe belegt, ausgepeitscht werden. 3) Thätliche Beleidigungen an Ascendenten sollen nach Art. 271. von Amts wegen untersucht werden. Der Knabe, welcher mit der Hand nach dem Vater schlägt, kann, auch nachdem der Vater von seinem Züchtigungsrecht ernsten Gebrauch gemacht, ausgepritscht werden. Das wird dann muthmaßlich die Folge

Digitized by Google

haben, daß das heilige Band zwischen Eltern und Kindern völlig zerrissen wird. 4) Wenn ein junger Herr von 12 Jahren in einem fremden Jagdrevier fremdes Wild anschieße, so ist er des Verbrechens des Wilddiebstahls schuldig (Art. 336.). Da nun die mildeste Strafe, mit welcher der Wilddiebstahl bedroht wird, Gefängnißstrafe sey (Art. 339.), so würde der Junghern öffentlich ausgepeitscht werden, wenn er auf Wild schießt, und er läuft Gefahr, die Strafe gleichfalls dann zu erhalten, wenn er einen ältern Mann auf der Jagd begleitet, und diesem bei der Ausführung des s. g. Wilddiebstahls Handreichungen geleistet, also behülflich gewesen ist. Trägt ein Knabe das erlegte Wild zur Stadt, verkauft solches, begünstigt also den Wilddiebstahl, so kann er gleichfalls ausgepeitscht werden (vgl. Art. 75. 76. 346.). Wenn ein Knabe aus Muthwillen fremdes Eigenthum beschädigt, und der Schaden sich über 10 Rthlr. beläuft, so kann er nach den Bestimmungen des Art. 351. mit körperlicher Züchtigung belegt werden. Diese Strafe kann, wenn die Beschädigung am öffentlichen Wege geschahe, nach Art. 352. schon dann eintreten, wenn der Schaden über 5 Rthlr, also 6 Rthlr. beträgt; der Vater wird den Sohn nicht von einer entehrenden, sein ganzes Lebensglück zerstörenden Strafe befreien können, wenn er sich auch zum zehnfachen Schadenersatz erbietet. Will man dieses höchst bedenkliche Strafmittel nicht ganz ausmerzen aus dem Gesetzbuch, so würde man solches doch auf die Verbrecher einschränken müssen, die durch wahre Bosheit, nicht in jugendlichem Leichtsinne, zu der That fortgerissen [55]). Diesem Antrage

55) Vgl. Gans a. a. O. Bd. I. S. 256. Die verschiedenen Legislationen des Norden und Süden, des Osten und Westen sind darin einverstanden gewesen, daß das Sprichwort des gemeinen Lebens „Jugend hat keine Tugend" auch bei der Abfassung eines Criminalgesetzbuchs nicht ignorirt werden dürfe.

Digitized by Google

wurde vornehmlich entgegengesetzt von Jacobi, daß nicht unbedingt dem Richter gestattet sey, auf körperliche Züchtigung zu erkennen, sondern nur alternativ auf Züchti-

---

Auf das Alter ist darum bei der Zurechnungs- wie der Strafausmessungsfrage Rücksicht genommen; einzelne Gesetzgebungen sprechen nur die Nothwendigkeit dieser Rücksichtsnahme im Allgemeinen aus, ohne ein gewisses Normaljahr zu bestimmen, von welchem an für alle Individuen das Discretionsjahr beginne; so unter andern die römische, die Carolina. Das römische Recht, welches in der Besserung (fr. 20. D. de poenis) den Zweck der Strafe schon findet, will, daß das Alter berücksichtigt werde, (aetati succuritur, fr. 108. D. de R. 7. fr. 16. §. 3. D. de poenis). Die Carolina geht von ähnlichen Ansichten aus, und erklärt erst dann den jugendlichen Verbrecher für zurechnungsfähig, wenn die Bosheit das Alter ersetzt. Die neueren Legislationen behandeln diesen Gegenstand in ihrem Geist. Seit der Zeit, als man anfing, den s. g. Unfug der Praxis durch bestimmte Normen abzustellen, alles zurückzuführen auf allgemeine Principien, und aus diesen heraus schachtelte gewisse untrügliche Sätze, seit der Zeit, wie man vermeinte, den Richter durch bestimmte Normen binden und man das s. g. richterliche Ermessen in einen eng eingeschlossenen Kreis, dessen oberste Spitze man das Maximum, dessen unterstes Ende man das Minimum nannte, bannen zu müssen, ist man auf die Idee verfallen, von legislatorischer Macht wegen, auch Stunde, Tag und Jahr zu bestimmen, wann der Mensch herangereift, um Trug und Wahrheit, um Schuld und Unschuld zu unterscheiden. Die Geschichte lehrt aber, daß unter dem heißen Süden sich anders das Gemüth und der Verstand entwickelt, wie im kalten Norden, dort früher als hier heranreife. Die tägliche Erfahrung führt uns die Menschen mit den verschiedenartigsten Geistesanlagen vor, Treibhauspflanzen und gute gediegene Früchte, die bald früher, bald später, bald gar nicht zur Reife gelangen. Nach den Zeugnissen der Geschichte, wie nach den Erfahrungen des täglichen Lebens, ist darum die Feststellung eines bestimmten Normaljahrs, von welchem an Schuld und Unschuld, Trug und Wahrheit scharf unterschieden werden können, nicht möglich; nicht thunlich ist es, mit der östreichischen Gesetzgebung ohne weitere Beschränkung das vollendete 14te Jahr, oder mit andern das 15te oder 17te Jahr für das Discretionsjahr zu erklären. Man wird also auch hier das Richtigere treffen, wenn man dem Richter vertrauensvoll nach der Eigenthümlichkeit des vor seine Schranken gezogenen Verbrechers die Antwort auf die Frage: ob er schon das Discretionsjahr überschritten, überläßt, oder doch, will man einmal auch hier das beliebte Maximum und Minimum festhalten, die Gränze nicht zu enge zieht.

Digitized by Google

gung oder Gefängnißstrafe; von Behning, daß auf das Wort „oder" ein einscheidendes Gewicht zu legen; von Strüve, daß Gefängniß mehr entehre, als die körperliche Züchtigung, wobei zugegeben ward, daß ein vernünftiger Richter in den von dem Antragsteller hervorgehobenen Fällen nicht auf körperliche Züchtigung erkennen müsse, und daraus geschlossen, daß er auch nicht darauf erkennen werde. Dem Principe, daß der Richter beim Erkennen körperlicher Strafe große Vorsicht anzuwenden habe, ward beigestimmt. Von dem völlig ungebundenen Ermessen des Richters allein sey die Anwendung der körperlichen Züchtigung als Strafe wider jugendliche Verbrecher abhängig gemacht. Das sey eben das Bedenkliche, erwiderte der Proponent. Der Antrag ist abgelehnt.

Ad Art. 111—116. Vom Rückfall [56]).

In diesen Artikeln werden die Grundsätze über die Bestrafung des Rückfalls festgestellt, und Herr Hofrath Bauer [57]) versichert, daß das System des Entwurfs sich in dem *juste milieu* zwischen einer zu großen Strenge und einer zu großen Milde halte, daher wesentliche Vorzüge vor andern Criminalgesetzbüchern habe. Und das muß auch zugegeben werden, daß der hannoversche Entwurf sich frei von den complicirten Bestimmungen anderer Legislationen, z. B. der baierischen, gehalten habe, die in der That mehr dazu geeignet sind, den Richter zu verwirren, als das Dunkel zu entwirren. Die Frage über die Bestrafung des Rückfalls sind verschieden beantwortet

56) Gans a. a. O. Bd. I. S. 868. Henke a. a. O. Bd. I. S. 538. N. A. II. S. 578., V. 479. Oestreichisches Gesetzbuch Th. I. §. 37. Baierisches Gesetzbuch Art. 111. Anmerk. Bd. I. S. 263.

57) Anmerkung S. 619 fg.

Digitized by Google

von den Criminalisten, je nach den verschiedenen Schulen, welchen der Einzelne anhing, es sind Theoriren von eigentlichem und uneigentlichem Rückfall aufgestellt, es ist über den Begriff des Rückfalls gestritten, ob solcher nur, wenn gleichartige oder Verbrechen von derselben Gattung verübt und bestraft worden, vorhanden sey. Es ist hier der Ort nicht, tiefer in diese sehr wichtige Materie einzugehen. Nur Folgendes mag zum bessern Verständniß der Verhandlungen bemerkt werden. Findet man in der Strafe nicht einen höhern Zweck als den polizeilichen, abzuschrecken von ferneren Verbrechen und dadurch den Staat zu sichern, oder sieht man nichts mehr in der Strafe als ein Lösegeld für die verbrecherische That, so wird man nicht weiter in Verlegenheit seyn, um die Antwort auf jene Frage: „Jener der abschrecken will, wird den Rückfall möglichst strenge bestrafen müssen [58]); der aber, der mit der Strafe das Verbrechen bezahlt, durch solche Zahlung jede Forderung des Staats getilgt und die ganze Angelegenheit als erledigt hält, wird den Rückfall nicht mit besonderer Strafe bedrohen dürfen." Die consequente Durchführung eines allgemeinen starren Princips wird im Criminalrecht selten zum Ziel führen, vielmehr nur solche Bestimmungen, die sich dem Leben anschließen und dahin wirken, daß durch die Handhabung der Gerechtigkeit auch der höhere Zweck der sittlichen Besserung der Verbrecher

er-

58) Nach der Abschreckungstheorie wird, wie ohne Grund N. A. Bd. V. S. 483. bestritten, der Rückfall strenger zu bestrafen seyn, weil sich durch die Wiederholung des Verbrechens der böse Wille in verstärktem Grade gezeigt und dieser durch eine verstärkte Strafe gebrochen werden müsse. Nicht der Einzelne zwar soll nach jener Theorie abgeschreckt werden, sondern alle, aber doch nach der Stärke des bösen Vorsatzes des Einzelnen auch der psychologische Zwang abgemessen werden, welcher angewandt werden muß, um auch den bösen Willen Anderer zu brechen und sie von der Wiederholung der Verbrechen zurückzuschrecken.

Digitized by Google

erreicht werde. Reclamirt der Staat das Recht, den Rückfall mit gesteigerter Strafe zu verfolgen, so übernimmt er gleichzeitig die Verpflichtung zu solchen Einrichtungen, die den Uebelthäter von Rückfällen möglichst abhalten und ihm nicht den Rückfall fast zur eisernen Nothwendigkeit machen. Wenn aber solche Einrichtungen fehlen, welche dem Verbrecher den Rücktritt aus der Strafanstalt in die menschliche Gesellschaft erleichtern und möglich machen, wenn sich noch immer schwer zu überwindende Hindernisse zum rechtlichen Erwerb dem Verbrecher entgegenstellen — da kann der rückfällige Bettler oder Dieb wohl nicht mit erhöhter Strafe belegt werden. Man sagt, daß die Gemeinde oder die Landespolizei für die zweckmäßige Beschäftigung der aus der Strafanstalt entlassenen Verbrecher ꝛc., für die Abstellung der Bettelei zu sorgen, daß aber der Gesetzgeber, der nur Strafen zu dictiren u. s. w., keine Notiz davon zu nehmen habe. Hält man die Aufgabe des Legislators damit gelöset, daß er aus einem allgemeinen Grundsatz die Einzelheiten der für das Verbrechen zu bestimmenden Strafen ableitet, hält man ein Criminalgesetzbuch nur für ein Werk der Logik, bei dem Einheit und Consequenz die höchste Tugend ist, glaubt man sich zweckmäßigen Verbesserungen aus dem Grunde, weil dadurch das logische Gebäude verunstaltet werde, widersetzen zu dürfen; dann aber, auch dann nur ist man, wenn auch nicht gerecht, doch consequent, wenn man die Rückfallsstrafen u. s. w. feststellt, rücksichtslos und ohne sich darnach umzusehen: ob denn der Staat Einrichtungen getroffen, die den Rückfall nicht zur Nothwendigkeit machen. Man hat ja eine Zauberformel in dem allgemeinen Grundsatz gewonnen und kann jede Widerrede damit beschwören, daß man sagt: durch den Rückfall hat sich ein höherer Grad des bösen Willens dargethan; der Verbrecher, der blutarm vielleicht aus der

Digitized by Google

Strafanstalt entlassen wird, keinen Erwerb, keinen Bettlergroschen auf dem Wege zur Heimath oder auch in der Heimath erhält, die Lust zum Leben nicht unterdrücken kann, sondern fortstiehlt, der ist ein Erzböswicht, in welchem nicht anders als durch eine verstärkte Strafdosis der Trotz, mit dem er dem Gesetz Widerstand leistet, überwunden werden kann. In der dem Leben entfremdeten Stube läßt sich auf solche Weise vortrefflich raisonniren, aber das ganze Raisonnement zerschlägt sich, wenn man aus dem Fenster hinaus in das Leben sieht, und die menschliche Natur nicht unberücksichtigt läßt. Ist der Grundsatz richtig, daß nach dem Maaß der Verschuldung das Maaß der Strafe abgewogen werden soll; ist es wahr, daß der Rückfall beim Mangel der vorerwähnten Einrichtungen selbst eine mildere Beurtheilung zuläßt, wie der erste Verbrechungsfall, da der Ueberschritt über den sittlichen Rubikon bei unsern Institutionen den Rückschritt häufig nicht weiter möglich mache: so liegt es auch in den Verpflichtungen des Gesetzgebers, die strenge Bestrafung des Rückfalls an die Bedingungen zu knüpfen, ohne welche solche weder nach den Verhältnissen des Lebens noch nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit gerechtfertigt werden kann. In den Commissionen ist nicht auf alle bei der Bestrafung des Rückfalls zur Erwägung kommende Gesichtspunkte Rücksicht genommen. In den Cammern haben solche eben so wenig bei dem dermaligen Stande der Ansichten mit Erfolg zur Sprache gebracht werden können. Der Entwurf aber ist dennoch in einzelnen Punkten wesentlich durch die Commissionen gebessert. In demselben war die Theorie vom uneigentlichen Rückfall adoptirt (Art. 115.), und nach Art. 111. der uneigentliche Rückfall schon dann als vorhanden angenommen, wenn derselbe Uebertreter sich wiederholt eines Verbrechens derselben Gattung schuldig gemacht. Die erste Commission hielt den ganzen

Digitized by Google

Artikel, welcher von dem uneigentlichen Rückfalle, also von den Fällen rede, in welchen keine früheren Verbrechen derselben Art in Frage kommen, nicht nur für überflüssig, sondern auch unrichtig. Ueberflüssig, weil bereits im Art. 95. Nr. 5. bestimmt worden: daß es auf die Strafbarkeit des Verbrechers Einfluß haben solle, wenn er durch fortgesetzte Uebung verbrecherischer Handlungen verwildert worden, worunter also die Begehung früherer Verbrechen im Allgemeinen angedeutet sey. Unrichtig, weil durch das Bestehen der Bestimmungen des Artikels der Richter zu ganz falschen Strafschärfungen verführt werden könne (Worte des Commissionsberichts), indem er z. B. wegen eines frühern Duells des Verbrechers die Strafe einer Beeinträchtigung des Eigenthums schärfe. Auch hat der Ausdruck unangemessen und unpassend geschienen. Alle Votanten haben sich bei der Abstimmung für die Streichung des Art. 115. erklärt. Dann ferner ist es zur Erwägung gekommen, daß der im Art. 111. vorkommende Ausdruck „Verbrechen der nämlichen Gattung" unpassend sey, überall nur von einem Rückfalle gesprochen werden dürfe, wenn Verbrechen derselben Art von dem Uebelthäter wiederholt verübt worden. Auf den Antrag des Ober-Justizraths Jacobi, der die angedeuteten Bedenken getheilt, hat die erste Commission beschlossen, den Worten: wegen Verbrechen derselben Gattung, die „wegen gleichartiger Verbrechen" zu substituiren. Zum Art. 116. ist es von Drosten v. Hohnstedt und Stadtsyndicus Lünzel gerügt, daß in diesem Artikel dem Richter ohne weitere Norm generell gestattet sey, beim Rückfall den Umständen nach sogar auf die höhere Strafart überzugehen. Das sey viel zu hart, da der Abstand der Strafen in mehreren Strafarten sehr groß sey. In einem solchen Falle müsse ein Maximum oder irgend ein Verhältniß festgestellt werden, damit die Willkühr in Zuerkennung der Strafe

Digitized by Google

anderer Gattung keinen zu großen Spielraum erhalte. — Beschluß war: 1) daß beim ersten Rückfall die neue Strafe nicht über ein Drittheil des Rückfalls halber geschärft werden solle; 2) daß, wenn mit dieser Bestimmung nicht mehr auszureichen stehe, und über die gesetzliche Strafart hinaus zur nächst schwereren übergegangen werden müsse, solche nur unter verhältnißmäßiger Verkürzung der Zeit, jedoch innerhalb der Gränze der Strafart, erkannt werden könne. Zum Art. 115. reclamirte der Drost von Hohnstedt Wiederherstellung der bisherigen Praxis, wonach es Bedingung der Strafschärfung beim Rückfall gewesen, daß dem Verbrecher bei der Publication des Erkenntnisses der ersten Strafe bekannt gemacht worden, daß der Rückfall schärfer bestraft werde. Jacobi erwiederte: Eine solche Bestimmung habe zwar der frühere Entwurf enthalten, man sey aber davon wieder abgegangen, weil es hier ganz überflüssig sey (?), die Strafe des Rückfalls anders zu bedingen, als die Strafe jedes andern Verbrechens, dessen Strafe dem Verbrecher nicht vorher bekannt gemacht worden. Stadtsyndicus Lünzel stimmt dem Proponenten bei, weil es bei der höchst mangelhaften Promulgation der Strafgesetze doch einigermaßen bedenklich erscheine, Schärfungen wegen des Rückfalls eintreten zu lassen, ohne daß die Folgen desselben dem Verbrecher bekannt gewesen. Der Antrag findet aber nicht den Beifall der Majorität. — Die zweite Commission hat den Beschluß der erstern zum Art. 111. sowohl, als zum Art. 115. die Ansicht der ersten Commission gebilligt, demgemäß eine Veränderung des erstgedachten Artikels und die Delirung des letztern beschlossen, zum Art. 116, weil sie die Beschränkung der Strafsteigerung bis auf ein Drittheil nicht für angemessen gehalten, folgende Fassung vorgeschlagen: „Nach allen in vorstehenden Artikeln 113 bis 115. angegebenen Rücksichten muß der Richter die durch das neue Verbrechen verwirkte

Digitized by Google

Strafe entweder innerhalb der für dieselbe Strafart gesetzlich bestimmten Gränzen verlängern, oder bei Geldstrafen erhöhen und nach den Umständen durch erlaubte Zusätze schärfen, oder auch nöthigenfalls auf die zunächst höhere Strafart mit Bestimmung einer verhältnißmäßigen Dauer der Strafe erkennen. Die solchergestalt zu bestimmende Strafe kann zwar unter erschwerenden Umständen bis zur lebenslänglichen Freiheitsstrafe, nicht aber bis zur Todesstrafe steigen. Vergleiche Art. 184. Nr. IX. Art. 282. Nr. III." Die Beschlüsse der zweiten Commission sind in den Cammern angenommen.

Schluß des allgemeinen Theils. Fortsetzung folgt; zunächst die Discussion über das Verbrechen des Hochverraths und des Wilddiebstahls.

Digitized by Google

IV.

Beiträge zur Erörterung criminalistischer Fragen.

Von

Herrn Dr. Gustav Geib,

Professor in Zürich.

(Beschluß von Nr. XXIV. des 4. Hefts J. 1838.)

IV.

Wenn bei Abstimmung in einem Richtercollegium nicht blos zwei, sondern drei und mehrere Meinungen geltend gemacht werden, allein weder für die eine noch für die andere derselben eine absolute Majorität vorhanden ist; so fragt es sich, ob man unter dieser Voraussetzung entweder schon mit blos relativer Stimmenmehrheit sich zu begnügen, oder auf welche andere Weise man zu verfahren habe, um zu einer absoluten Stimmenmehrheit zu gelangen. In den unmittelbaren Quellen des gemeinen Rechts, in unseren eigentlichen Gesetzen, findet sich nämlich keine Vorschrift, welche auf diese Frage bezogen werden könnte [39]), und daher sind denn auch die Ansichten der Rechtsgelehrten von jeher sehr verschieden hierüber gewesen. Nach Cujacius soll in einem solchen Falle, wenn z. B. von sieben Richtern drei für Todes-

39) Mit Unrecht beruft man sich bisweilen auf L. 27. §. 3. D. de receptis, C. 48. X. de electione, C. 1. in VI. de arbitris.

Digitized by Google

strafe, zwei für Geldstrafe und zwei für Landesverweisung stimmen, die erste Meinung, quum sit potior numero duabus singulis, den Vorzug haben, und somit denn die relative Majorität entscheiden [40]) — eine Ansicht, welcher sogar noch Stübel, wenigstens unter gewissen Beschränkungen, beitreten zu müssen glaubt [41]). Nach Struben dagegen, dem jetzt auch wieder Glück gefolgt ist, soll hier weiter nichts übrig bleiben, als dem Landesherrn selbst von der Sache Bericht zu erstatten, und hierauf dessen Verfügung abzuwarten, ob die Akten an eine Fakultät zu verschicken, oder noch einige andere Mitglieder dem Gerichte beizugeben, oder endlich, ob einem neuen Collegium die Entscheidung zu überlassen sey [42]). In der neuesten Zeit jedoch hat man diese beiden Theorien verworfen, und in Uebereinstimmung mit Coccejus, welcher schon früher dieselbe Meinung vertheidigte [43]), die Regel aufgestellt, daß man in Fällen der Art zu der s. g. Combinationsmethode seine Zuflucht nehmen, und hiernach eine absolute Majorität dadurch zu erhalten suchen müsse, daß man die dem Angeschuldigten nachtheiligsten Stimmen zu den nächstfolgenden günstigeren so lange hinzurechne, bis eine solche Majorität sich herausstelle [44]); eine Regel,

---

40) Cujacius, Observatt. lib. XII. c. 16.

41) Stübel, Criminalverf. Bd. V. §. 3158—3161.

42) Struben, Rechtliche Bedenken, herausg. von Spangenberg. Bd. III. S. 25. 26. Glück, Erläuterung der Pandekten. Th. VI. S. 435.

43) Coccejus, Exercitatt. curios. Tom. II. Disp. 36. Sect. 3. §. 3.

44) Henke, Darstellung des gerichtl. Verf. §. 171. Mittermaier, Strafverf. Th. II. S. 347. 348. Abegg, Lehrb. des Crim. Prozesses. §. 179. Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 198. Müller, Lehrb. des Crim. Proz. §. 201. Zachariä, Grundl. des Crim. Proz. S. 269. 270. Sartorius Teutschlands Rechtspfl. durch Collegialgerichte. (Würzb. 1832.) S. 241—244.

Digitized by Google

welche denn auch von einigen neueren Gesetzbüchern ausdrücklich adoptirt worden ist [45]).

Was nun die Zweckmäßigkeit dieser s. g. Combinationsmethode an und für sich betrifft, so scheint es wohl einleuchtend, daß von legislativem Standpunkte aus wenig dagegen eingewendet werden kann; allein in wiefern dieselbe auch für unser gemeines deutsches Recht sich rechtfertigen lasse, ist offenbar eine ganz andere Frage, und gerade auf Beantwortung dieser Frage haben sich die Vertheidiger dieser Methode bisher gar nicht eingelassen. Dessen ungeachtet aber finden wir in den Briefen von Plinius einen Fall erzählt, woraus sich recht augenfällig ergiebt, daß wenigstens der römische Senat schon ebenfalls von dieser Combinationsmethode Gebrauch gemacht hat; und da nun sonstige entgegenstehende Nachrichten durchaus fehlen, so muß gewiß angenommen werden, daß auch im römischen Rechte überhaupt schon diese Ansicht gegolten hat, und hiernach denn das, was man bisher blos aus allgemeinen Gründen behauptete, selbst auf positive Zeugnisse hin als Regel unseres gemeinen Rechts aufgestellt werden. Jene Erzählung von Plinius ist nämlich folgende: Ein gewisser Afranius Dexter war ermordet gefunden worden, und es fragte sich, ob er sich selbst entleibt habe, oder von seinen Sklaven getödtet worden sey. Die Sache wurde zur Aburtheilung an den Senat verwiesen, und hier machte man bei der endlichen Abstimmung drei verschiedene Meinungen geltend: die eine Partei trug auf Todesstrafe an, die andere auf Relegation, und die dritte auf völlige Freisprechung. Diese letzte Meinung hatte im Vergleich mit den beiden ersten die meisten Stimmen für sich, allein auch ihr fehlte es an einer absoluten Majorität, und so entstand denn die Frage, wie es in diesem

45) Preuß. Crim. Ordn. §. 504. Baier. Gesetzb. II. Art. 350.

Digitized by Google

Falle zu halten sey. Hierüber waren nun die Ansichten der Senatoren selbst anfangs getheilt, allein am Ende kam man dahin überein, daß sich die Vertheidiger der Todesstrafe mit denen, welche für bloße Relegation stimmten, vereinigen sollten, durch welche Combination denn eine absolute Mehrheit entstand, und die Anhänger der dritten Meinung in der Minderheit blieben. Plinius selbst war jedoch anderer Ansicht, und nach seinem Dafürhalten hätte hier eigentlich die relative Stimmenmehrheit entscheiden sollen; allein auf der andern Seite gesteht er ein, daß die Sache doch immerhin zweifelhaft bleibe, und aus diesem Grunde trägt er denn auch den ganzen Fall seinem Freunde Aristo vor, mit der Bitte, ihm einmal seine persönliche Meinung hierüber mitzutheilen, damit er dann bei etwaigen ähnlichen Fällen sich hiernach richten könne. Dieser ganze Brief an Aristo ist übrigens so höchst interessant, und die eigene, von dem Senat verworfene, Ansicht von Plinius ist darin so ausführlich und geistreich vertheidigt, daß ich mir erlaube, jedoch mit Hinwegschaffung der nicht zur Sache gehörigen Einleitung und einiger sonstigen Abkürzungen, denselben wörtlich hierherzusetzen[46]):

---

46) Plinius Epistol. VIII. 14. Auf diese Stelle hat zwar beiläufig, jedoch ohne dieselbe weiter zu benutzen, auch schon Cujacius, Observatt. XII. 16. und Coccejus, l. c. Sect. 5. §. 7. aufmerksam gemacht; und es scheint daher in der That unbegreiflich, wie dieselbe von allen neueren Criminalisten, die doch gerade jene beiden Schriftsteller hier immer zu citiren pflegen, so durchaus hat übersehen werden können. Allein die Sache erklärt sich, wenn man bedenkt, wie es so häufig mit dergleichen Citaten zuzugehen pflegt, und wie schon das bloße Nachlesen der citirten Auctoritäten fast allgemein für überflüssig angesehen wird, indem eben ein Jeder hier ohne Weiteres auf seine Vorgänger sich verlassen zu können glaubt, und auf diese Weise unser ganzer s. g. Notenapparat jetzt gleichsam zu einer feststehenden Tradition geworden ist, welche, ohne Prüfung und Sichtung, sich von Generation zu Generation forterbt.

Digitized by Google

Referebatur de libertis Afranii Dextri consulis, incertum sua an suorum manu, scelere an obsequio, peremti. Hos alius, (Quis? Ego; sed nihil refert) post quaestionem supplicio liberandos, aliis in insulam relegandos, alius morte puniendos arbitrabatur. Quarum sententiarum tanta diversitas erat, ut non possent esse, nisi singulae. Quid enim commune habet, occidere et relegare? Non hercule magis, quam relegare et absolvere: quamquam propior aliquanto est sententiae relegantis, quae absolverit, quam quae occiderit; utraque enim ex illis vitam reliquit, haec adimit: quum interim et qui morte puniebant, et qui relegabant, una sedebant, et temporaria simulatione concordiae discordiam differebant. Ego postulabam, ut tribus sententiis constaret suus numerus, nec se brevibus induciis duae iungerent. Exigebam ergo, ut, qui capitali supplicio adficiendos putabant, discederent a relegante, nec interim contra absolventes mox dissensuri congregarentur, quia parvulum referret, an idem displiceret, quibus non idem placuisset. Illud etiam mihi permirum videbatur, eum quidem, qui libertos relegandos, servos supplicio adficiendos censuisset, coactum esse dividere sententiam; hunc autem, qui libertos morte multaret, cum relegante numerari. Nam si oportuisset dividi sententiam unius, quia res duas comprehendebat, non reperiebam, quemadmodum posset iungi sententia duorum tam diversa censentium. Atque adeo permitte mihi, sic apud te tanquam ibi; sic peracta re, tanquam adhuc integra, rationem iudicii mei reddere.... Fingamus, tres

Digitized by Google

omnino iudices in hanc caussam datos esse: horum uni placuisse, perire libertos; alteri, relegari; tertio, absolvi: utrumne sententiae duae, collatis viribus, novissimam periment? an separatim unaquaeque tantundem, quantum altera, valebit? nec magis poterit cum secunda prima connecti, quam secunda cum tertia? Igitur in senatu quoque numerari, tanquam contrariae, debent, quae tanquam diversae dicuntur. Quod si unus atque idem et perdendos censeret et relegandos, num ex sententia unius et perire possent et relegari? num denique omnino una sententia putaretur, quae tam diversa coniungeret? Quemadmodum igitur, quum alter puniendos, alter censeat relegandos, videri potest una sententia, quae dicitur a duobus, quae non videretur una, si ab uno diceretur? Quid? lex non aperte docet, dirimi debere sententias occidentis et relegantis, quum ita discessionem fieri iubet: *qui haec sentitis, in hanc partem; qui alia omnia, in illam partem ite, qua sentitis....* At enim futurum est, ut, si dividantur sententiae interficientis et relegantis, praevaleat illa, quae absolvit. Quid istud ad censentes? quos certe non decet omnibus artibus, omni ratione pugnare, ne fiat, quod est mitius. Oportet tamen eos, qui puniunt, et qui relegant, absolventibus primum, mox inter se comparari..... Sed quid ego similis docenti, quum discere velim, an sententias dividi, an iri in singulas, oportuerit? Obtinui quidem, quod postulabam: nihilominus tamen quaero, an postulare debuerim, an abstinere. Quemadmodum obtinui?

Digitized by Google

Is, qui ultimum supplicium sumendum esse censebat, nescio, an iure, certe aequitate postulationis meae victus, omissa sententia sua, accessit releganti: veritus scilicet, ne, si dividerentur sententiae, (quod alioqui fore videbatur) ea, quae absolvendos esse censebat, numero praevaleret. Etenim longe plures in hac una, quam in duabus singulis, erant. Tum illi quoque, qui auctoritate eius trahebantur, transeunte illo, destituti, reliquerunt sententiam ab ipso auctore desertam, sequutique sunt quasi transfugam, quem ducem sequebantur. Sic ex tribus sententiis duae factae; tenuitque ex duabus altera, tertia expulsa, quae quum ambas superare non posset, elegit, ab utra vinceretur.

Dieſelbe Frage — wie im Falle einer drei- oder mehrfach getheilten Meinung die Majorität zu beſtimmen ſey — findet ſich übrigens auch bei Quintilian, und eben ſo wieder bei Aulus Gellius erörtert [47]); allein eines Theils laſſen ſich beide Schriftſteller auf eine genauere Unterſuchung des Gegenſtandes nicht ein, andern Theils aber verdient ihre Darſtellung ſchon deßhalb, weil dieſelbe nicht an wirklich vorgekommene Fälle ſich anſchließt, ſondern blos als declamatoriſches Uebungsſtück vorgetragen wird, wobei natürlich Alles darauf ankommt, ſelbſt für die gewagteſten Anſichten wenigſtens einige Scheingründe beizubringen, kaum eine ernſtlichere Berückſichtigung. Dagegen dürfte aber auch die Stelle aus Plinius vollkommen hinreichen, um das Vorhandenſeyn unſerer heutigen Combinationsmethode ſchon bei den Römern, und eben damit

47) Quintilianus, Declamat. 365. Gellius, Noct. Attic. IX. 15.

Digitized by Google

denn die Rechtfertigung dieser Methode für unser gemeines Recht zu beweisen; und nur das bleibt bei dieser ganzen Frage auffallend, daß wir dieselbe nicht öfter erwähnt finden, und namentlich nicht für die Zeit der Quaestiones perpetuae, wo doch gerade die eigenthümliche Form der Abstimmung — absolvo, condemno, non liquet [48]) — schon an und für sich, ganz besonders aber, wenn man die hier immer auftretende große Anzahl von Richtern berücksichtigt [49]), ein sehr häufiges Vorkommen solcher dreifachen Getheiltheit der Stimmen sollte vermuthen lassen.

V.

Zum Schlusse noch eine Bemerkung von mehr historischem Interesse. Es ist allgemein anerkannt, daß der ganze Begriff von Legalsection, so wie dieser in der gemeinrechtlichen Praxis sich nach und nach entwickelt hat, und von allen neueren Gesetzgebungen ausdrücklich recipirt worden ist [50]), in dem römischen Rechte noch durchaus unbekannt war. Unter den Juristen des vorigen Jahrhunderts hat diesen Satz namentlich schon S. Fr. Böhmer weiter ausgeführt [51]); und wenn man bedenkt, daß in allen Gesetzesstellen, welche sonst nothwendig hierüber hätten sprechen müssen, sich wirklich nicht die geringste Andeutung der Art

48) Cicero pro Cluentio. c. 28. Pseudo-Asconius in Cic. divinat. c. 7. in Verrem. I. 9. 29. Lex Servilia repetund. ed. Klenze. cap. 13.

49) Cicero pro Cluentio. c. 27. in Pisonem. c. 40. pro Flacco. c. 2. ad Atticum. I. 16. IV. 15. ad Qu. fratr. III. 4. Asconius, Arg. in Cic. pro Milon. ed. Orelli. p. 41. Idem in Cic. pro Scauro. 2. 46. Lex Servilia. c. 8.

50) Am ungenügendsten ist hier Code d'instr. crim. Art. 44. Vgl. jedoch Loi du 19. Ventôse XI. Art. 27.

51) Boehmer ad Carpzov. qu. 26. Obs. 3. p. 176.

Digitized by Google

findet[52]); daß ferner in sämmtlichen Nachrichten über einzelne Criminalprozesse aus den verschiedenen Zeiten der römischen Geschichte eben so wenig etwas hievon vorkommt[53]); daß überdies gerade bei den hier in Sprache stehenden Verbrechen — Tödtung und Giftmord — der eigenthümliche, subjective Gesichtspunkt des römischen Rechts ganz besonders hervortrat[54]), und demnach eine genauere Ausmittelung des s. g. objectiven Thatbestandes in der Regel gar nicht erforderlich war; ja wenn man berücksichtigt, daß die Idee einer Section des Leichnams, wegen des angenommenen engen Zusammenhanges zwischen Körper und Seele, gewiß auch mit den religiösen Ansichten der damaligen Zeit überhaupt im Widerspruche stand: so läßt sich wohl an der Richtigkeit des ausgesprochenen Satzes selbst in keiner Weise zweifeln[55]). Allein freilich kann man auf der andern Seite nicht leugnen, daß, wie hoch man hier immer den Einfluß jenes s. g. subjectiven Gesichtspunktes der Lex Cornelia anschlagen mag, denn doch sehr häufig Fälle vorgekommen seyn müssen, wo, besonders seit der mit dem Anfange der Kaiserzeit im-

52) Vgl. L. 11. §. 3. L. 15. §. 1. L. 30. §. 4. D. ad L. Aquiliam, L. 1. §. 24. D. de SCto Silaniano.

53) Vgl. z. B. Cicero, Orat. pro Cluentio. In dieser ganzen Rede, wo doch fortwährend so viel über Mord und Vergiftung gesprochen wird, findet sich nirgends eine Spur, welche auf das Vorhandenseyn einer Section schließen ließe; so daß dann dieselbe fast allein schon als Beweis angesehen werden kann, daß wenigstens in der damaligen Zeit auch noch Niemand an etwas der Art dachte. Für die spätere Zeit vergl. z. B. Tacitus Annal. II. 73.

54) L. 1. §. 1. 3. L. 3. §. 1. L. 7. L. 14. D. ad L. Cornel. de sicariis. Paulus, R. S. V. 23. §. 3. Collat. LL. Mos. et Rom. I. 6. §. 2. I. 7. §. 1.

55) Die hier gewöhnlich angeführte Schrift: P. Gericke, Progr. quo inspectionem cadaveris in homicidio apud Romanos in usu fuisse ostenditur. Helmst. 1739. ist mir bis jetzt nicht zu Gesicht gekommen.

Digitized by Google

mer mehr und mehr hervortretenden inquisitorischen Richtung des ganzen strafrechtlichen Verfahrens [56]), vorerst noch eine sorgfältige Erforschung des eigentlichen Thatbestandes im höchsten Grade wünschenswerth und nothwendig gewesen seyn würde, und es bleibt daher in der That merkwürdig, wie man auf dieses so höchst natürliche, und wenigstens bei Vergiftungsfällen so nahe liegende, Auskunftsmittel nicht verfallen konnte.

Wenn jedoch, wie gesagt, vielleicht der Hauptgrund dieser Erscheinung in den Vorurtheilen der römischen Staatsreligion zu suchen seyn möchte, so ist es dagegen gewiß bemerkenswerth, daß auch gerade dergleichen Vorurtheile wieder eine Art von Surrogat an die Hand gegeben zu haben scheinen, worauf man bisher noch nicht geachtet hat. In einer Stelle bei Plinius heißt es nämlich [57]): Negatur cremari posse (cor) in iis, qui cardiaco morbo obierint; negatur et veneno interemtis. Certe exstat oratio Vitellii, qua reum Pisonem eius sceleris coarguit, hoc usus argumento, palamque testatus, non potuisse ob venenum cor Germanici Caesaris cremari. Contra genere morbi defensus est Piso. Nun will ich zwar keineswegs behaupten, daß dieser Aberglaube von der Nichtbrennbarkeit des Herzens eines Vergifteten die Wirkung gehabt habe, daß man überall, wo der Verdacht eines solchen Verbrechens vorlag, sofort zu jener Probe — gleichsam wie zu unserer heutigen Lungenprobe beim Kindermorde — seine Zuflucht genommen, und auf diese Weise, wenn auch ungenügend, die Vornahme einer eigentlichen Section ersetzt habe; allein jedenfalls glaube

56) Mein Progr. de confessionis effectu p. 6—8. Eine weitere Ausführung des hier blos Angedeuteten muß ich mir für die Geschichte des römischen Criminalprozesses vorbehalten.

57) Plinius, Natur. Histor. XI. 37. §. 187.

Digitized by Google

ich doch so viel daraus ableiten zu können, daß, wenn dergleichen Erscheinungen zufällig bemerkt worden waren, es dem Ankläger immer erwünscht seyn mußte, indem er jetzt wenigstens, wie in dem erzählten Falle Vitellius, seine sonstigen Beweismittel auf diese Art unterstützen, und zur endlichen Ueberführung des Angeschuldigten davon Gebrauch machen konnte; und aus diesem Grunde scheint mir denn auch diese ganze Nachricht höchst bemerkenswerth zu seyn, und zur Aufklärung des damaligen prozessualischen Verfahrens wesentlich beizutragen. Daß übrigens das angeführte Beispiel nicht so vereinzelt dasteht, wie man dieses vielleicht glauben könnte, sondern daß die erwähnte Ansicht wirklich eine allgemein verbreitete gewesen seyn muß, ergiebt sich auch aus einer Erzählung bei Plutarch, wo das Nichtbrennen der Leiche ebenfalls schon als Beweis der Vergiftung betrachtet wird [58]).

Diese wenigen Beispiele, welche sich leicht verdoppeln und verzehnfachen ließen, mögen hier einstweilen genügen; und vielleicht täusche ich mich nicht, wenn ich der Hoffnung mich überlasse, daß dieselben denn doch wohl theilweise ihren Zweck erreichen dürften, und daß wenigstens die Nothwendigkeit eines genaueren Studiums der nichtjuristischen Classiker gerade für das Criminalrecht dadurch

58) Plutarchus, Ti. Gracchus. c. 13. *Ὁ δὲ δῆμος ἔτι μᾶλλον ἐξεκάετο· καὶ φίλου τινὸς τῷ Τιβερίῳ τελευτήσαντος αἰφνιδίως, καὶ σημείων τῷ νεκρῷ μοχθηρῶν ἐπιδραμόντων, βοῶντες, ὑπὸ φαρμάκων ἀνῃρῆσθαι τὸν ἄνθρωπον, ἐπὶ τὴν ἐκφορὰν συνέδραμον, καὶ τὸ λέχος ἦραντο, καὶ θαπτομένῳ παρέστησαν, οὐ φαύλως ὑπονοῆσαι τὴν φαρμακείαν δόξαντες. ἐῤῥάγη γὰρ ὁ νεκρὸς, καὶ διεφθορότων ὑγρῶν πλῆθος ἐξέβλυσεν, ὥστ' ἀποσβέσαι τὴν φλόγα. καὶ φερόντων ἄλλην, αὖθις οὐκ ἐκάετο, πρὶν εἰς ἕτερον τόπον μετακομισθῆναι. καὶ πολλὰ πραγματευσαμένων, μόλις ἥψατο τὸ πῦρ αὐτοῦ.*

Digitized by Google

durch recht augenscheinlich und fühlbar gemacht werden möchte. Allein freilich wenn man sieht, wie unsere heutigen Criminalisten — allerdings abgesehen von einigen sehr erfreulichen Ausnahmen — kaum noch ein höheres Streben zu kennen scheinen, als, dem augenblicklichen Modeton huldigend, neue Gesetzbücher zu redigiren, zu discutiren und zu recensiren; wenn man sieht, wie auf diese Weise jetzt jeder ächt historische Geist in oberflächlicher Zusammenstellung einer Reihe solcher neuen Legislationen, jede tiefere wissenschaftliche Forschung in Seichtigkeit und vagem Raisonnement untergegangen ist: so läßt sich nicht leugnen, daß jene Hoffnung als eine etwas allzu kühne erscheinen mag. Dabei glaube ich nun zwar den Werth und die eigentliche Bedeutung der neuen Gesetzbücher keineswegs zu verkennen, sondern nach meiner Ueberzeugung, wie ich diese schon früher ausgesprochen habe [59]), erscheint deren Studium für das gemeine Recht selbst als durchaus nothwendig und schlechthin unentbehrlich; aber freilich sehe ich dieselben nicht als selbstständige und in sich abgeschlossene, oder auch nur als durch sich allein verständliche Erscheinungen an, sondern ich betrachte sie blos als wesentliche Bestandtheile unseres deutschen Criminalrechts überhaupt, als die neueste Ausprägung der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis; und indem dieselben sich mir sonach nur als ein Glied in der ganzen Entwickelungsgeschichte unserer Wissenschaft darstellen, verdienen sie, nach meiner Ansicht, auch nur dieselbe, aber auch ganz dieselbe Beachtung wie die Erscheinungen jeder andern Periode. Blos jene vorzugsweise und fast ausschließliche Hinneigung zu diesen legislativen Produkten der neuesten Zeit, jene übertriebene Verehrung und Lobpreisung der heutigen Gesetzgebungsmanie ist es, welche ich tadle, und die ich durch

59) In d. Archiv J. 1836. Nr. 7. besonders S. 196—203.

Digitized by Google

die vorstehenden Bemerkungen gern auf ein anderes, bis jetzt leider so wenig bearbeitetes, Feld hinüber lenken möchte. Denn wer darauf achtet, wie so Mancher jetzt etwas Großes geleistet zu haben glaubt, wenn er uns nur einen Auszug aus dem ersten besten Landtagsprotokolle über die Berathungen eines neuen Strafgesetzbuches mittheilt; oder wer gar findet, wie der Eine und der Andere es schon für eine criminalistische Arbeit angesehen wissen möchte, wenn er etwa blos die betreffenden Zeitungsartikel, vielleicht höchstens in einer theilweise veränderten Form, hat abdrucken lassen: so gehört wirklich unendlich viel Geduld, oder unendlich wenig wissenschaftlicher Sinn dazu, um über solches Getreibe nicht von dem tiefsten Unwillen ergriffen zu werden. Und wenn man nun außerdem sehen muß, wie jene gepriesenen Landtagsverhandlungen selbst am Ende doch fast weiter nichts sind, als das klägliche Gerede von Leuten, die eben von der Sache einmal nichts verstehen, oder, wenn es hoch kommt, das eintönige Wiederholen von längst besprochenen und abgenutzten Gemeinplätzen; wenn man hören muß, wie über die Unzweckmäßigkeit allzu strenger Strafgesetze überhaupt, über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Todesstrafe, über die Vorzüge der Hinrichtung durch die Guillotine, das Schwert oder das Beil, über die Abschaffung oder Beibehaltung der Prügelstrafe u. s. w. immer und immer wieder nur die alten Gründe auseinandergesetzt, und das bereits hundert- und hundertmal Gesagte neuerdings vorgebracht wird [60]); ja, wenn man bemerken muß, daß

60) Zum Beweise, daß über manche dieser Fragen, namentlich über die Unzweckmäßigkeit allzu strenger Strafen, schon zur Zeit des römischen Freistaates wenigstens der Senat ganz dieselben Ansichten vertheidigte, welche man in der neueren Zeit hierüber geltend zu machen pflegt, stehe hier folgende Stelle aus Dio Cassius. XXXVI. 21. . . . . αἴτιον δὲ, ὅτι Ταΐός τις Κορνήλιος δημαρχῶν πικρότατα ἐπιτίμια τάξαι

Digitized by Google

der Maaßstab für die Beurtheilung aller dieser Fragen nicht etwa, was man sich wohl noch gefallen lassen könnte, die in dem Volke selbst lebenden Ansichten und Wünsche, sondern die, jede ruhige Erörterung schon von vorn herein zerstörenden, politischen Sympathien und Antipathien sind, welche einem Jeden die Art seiner Abstimmung vorschreiben, oder daß es wohl gar kaum persönliche Ueberzeugung, sondern häufig nur blinde Folgsamkeit gegen die respectiven Parteihäupter ist, was das Ja oder das Nein der Votanten bestimmt: so muß doch bei diesem Anblicke gewiß einen Jeden, nach Verschiedenheit seiner Individualität, entweder Ekel oder Lachen ergreifen, der Gedanke aber, daß dergleichen nicht nur in Tagblättern und Flugschriften, sondern in eigentlich wissenschaftlichen Werken allen Ernstes besprochen und wieder besprochen wird, ihn entweder mit Schmerz oder mit bitterem Aerger erfüllen.

καὶ αὐτῶν ἐπεχείρησε· καὶ αὐτὰ καὶ ὁ ὅμιλος ἠρεῖτο. ἡ γὰρ βουλὴ, συνιδοῦσα ὅτι τὸ μὲν ὑπερβάλλον τῶν τιμωρημάτων ἐν μὲν ταῖς ἀπειλαῖς ἔκπληξίν τινα ἔχει, οὔτε δὲ τοὺς κατηγορήσοντας, οὔτε τοὺς καταψηφιουμένους τῶν ὑπαιτίων, ἅτε καὶ ἀνηκέστων αὐτῶν ὄντων, ῥᾳδίως εὑρίσκει· τὸ δὲ δὴ μέτριον ἕς τε τὰς κατηγορίας συχνοὺς προάγει, καὶ τὰς καταψηφίσεις οὐκ ἀποτρέπει· μεταρρυθμίσαι πῇ τὴν ἐσήγησιν αὐτοῦ, καὶ τοῖς ὑπάτοις νομοθετῆσαι αὐτὴν, ἐκέλευσεν.

Digitized by Google

V.

Einige Worte über die fortdauernde Gültigkeit des Verbotes des Art. 22. der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V.

Von

H. A. Zachariä.

Die verschiedenen, nach Aufhebung der Tortur gemachten Versuche, das bekannte Verbot des Art. 22. der P. G. O. entweder ganz weg zu demonstriren, oder zu beschränken [1]), mußten bei unbefangener Prüfung der Sache an den klaren Worten des Gesetzes scheitern, und die meisten Criminalisten dürften jetzt darin einverstanden seyn, daß der genannte Art. 22. der P. G. O. wirklich ein allgemeines Verbot der Verurtheilung zu peinlicher Strafe auf bloßen Indicien- oder künstlichen Beweis enthalte [2]). Allein fortwährend behaupten Manche, daß dieses bestimmte und absolute gesetzliche Verbot durch die allgemeine Abschaffung der Tortur als aufgehoben

1) S. eine Uebersicht dieser verschiedenen Versuche in Siegen, Juristische Abhandlungen. Göttingen 1834. S. 32 ff. und in meinen Grundlinien des gemeinen deutschen Crim. Proc. Gött. 187. S. 248 ff.

2) Dies erkennt auch Bauer Lehrb. des Strafproc. Gött. 1835. §. 110. ausdrücklich an. S. auch dessen Abhandlung: Ueber die („gemeinrechtliche") Verurtheilung auf Anzeigenbeweis, in den Annalen der Criminalrechtspfl., fortgef. von Demme, Bd. III. S. 2. u. S. 30 ff.

Digitized by Google

zu betrachten sey, und Bauer insbesondere suchte diese angebliche Aufhebung des Art. 22. in seinem Lehrbuch des Strafprocesses a. a. O. auf folgende Weise zu rechtfertigen: „Der Art. 22. enthalte zwei innig zusammenhängende und sich gegenseitig bedingende Bestimmungen, deren eine verneinend, die andere bejahend sey. 1) Die negative Bestimmung sage, daß auf Anzeigenbeweis, und zwar ohne zwischen vollständigem und unvollständigem zu unterscheiden, keine Verurtheilung statt finde; 2) die positive Vorschrift bestimme, daß bei vorhandenen genugsamen Anzeigen die Folter angewendet werden solle, um ein Bekenntniß zu erlangen. Da nun durch die erfolgte Abschaffung der Folter diese positive Bestimmung aufgehoben sey, so falle damit auch jene durch sie bedingte negative Vorschrift, so weit sie sich auf vollen Anzeigenbeweis beziehe, von selbst hinweg, und sey in sofern als indirecter Weise aufgehoben zu betrachten. Hierin liege offenbar mehr, als das bloße Verschwinden der ratio legis, und es sey hier also nicht von Anwendung der Auslegungsregel: Cessante ratione legis cessat legis dispositio, die Rede."

Gegen diese Argumentation, welche in der Not. 2. angeführten Abhandlung von Bauer (S. 35 f.) wiederholt, und weiter ausgeführt wird, ist schon in meinen Grundlinien des Strafproceſſes, Göttingen 1837. S. 250 f. erinnert worden: „Es sey unrichtig, daß die beiden Vorschriften sich gegenseitig bedingten; man interpretire dabei künstlich Etwas in das einfache Gesetz hinein, was sich darin nicht finde. Die Carolina erkläre überhaupt einen Anzeigenbeweis für unzulässig, und zwar nicht deshalb, weil sie die Tortur zur Anwendung gebracht wissen wolle, was in der That ganz unvernünftig und inconsequent wäre, da sie sonst, sobald sie einen Beweis für vollständig erachte, die Tortur ausschließe, sondern weil

Digitized by Google

sie den künstlichen Beweis an sich bei der Verurtheilung zur Strafe verwerfe, und ihn nur zur Anwendung der Tortur für genügend erkläre. Auch könne diese Erklärung um so weniger die richtige seyn, als man schon lange vor der P. G. O. bei der Anwendung der Tortur darüber gestritten, ob auf bloße Indicien verurtheilt werden könne, und sehr genau die drei Fragen unterschieden habe [3]), in wiefern Indicien 1) zur Begründung der Untersuchung, 2) zur Tortur, und 3) zur Verurtheilung hinreichend seyen? Diese letztere Frage werde nun von der P. G. O. eben so bestimmt verneint, als die erste und zweite bejaht. Daß das Gesetz nun auch ein Mittel gestatte, um diesen an sich immer unvollständigen Beweis in einen vollständigen zu verwandeln, berechtige uns nicht, bei der heutigen Unanwendbarkeit dieses Mittels, dem ausdrücklichen Verbote des Gesetzes zuwider auf bloße Indicien zu verurtheilen [4]). Wenn man sich aber endlich darauf berufe, daß man ohne die Zulässigkeit einer Verurtheilung auf Indicien in den Ländern des gemeinen Rechts nicht auskommen könne, daß der Rechtszustand gefährdet werden würde, und daß sich deshalb auch der Gerichtsgebrauch für die Zulässigkeit einer Verurtheilung auf künstlichen Beweis entschieden habe, so sey darauf zu erwidern: Wenn wegen der Unzulässigkeit einer solchen Verurtheilung Verbrecher straflos entlassen werden müßten, so habe dies nicht der Richter, sondern der Gesetzgeber zu verantworten, weil er den Richter durch ein Gesetz dazu ermächtigen müßte, und angenommen, daß sich ein allgemeiner Gerichtsgebrauch für die Verurtheilung auf In-

3) Clarus Sent. recept. Lib. V. §. fin. Qu. XX. Nr. 1 sq.

4) Vergl. auch Roßhirt zwei criminal. Abhandlungen. Heidelb. 1836. S. 20 f.

Digitized by Google

dicien entschieden hätte, so müßte er ein durchaus widerrechtlicher genannt werden, weil ein so absolut verbindendes Gesetz wie der Art. 22. der P. G. O. kein Gerichtsgebrauch umstoßen könne." —

Und bei dieser, wie wir glauben, wohlbegründeten Ansicht müssen wir auch jetzt noch, ungeachtet der von Bauer in der angeführten Abhandlung derselben entgegengestellten Deduction, beharren, weil wir die Voraussetzungen, von welchen dieselbe ausgeht, durchaus nicht als richtig anerkennen können.

Die Frage, ob und unter welchen Bedingungen nach der s. g. rationalen Beweistheorie eine Verurtheilung auf Indicien zulässig sey und ob das römische und canonische Recht eine solche Verurtheilung gestatte, braucht um so weniger hier erörtert zu werden, als sie für die Gültigkeit des Art. 22. der P. G. O. zunächst nicht von Einfluß ist. Auch stimmen wir im Ganzen der bejahenden Beantwortung dieser Fragen mit voller Ueberzeugung bei. Dagegen müssen wir uns ausdrücklich gegen die das ältere deutsche Recht betreffende Behauptung erklären, wonach man aus der Beschaffenheit des altdeutschen Strafverfahrens soll als gewiß annehmen können, „daß die Volksgerichte und später die Schöffen ihre Urtheile auf den, durch die Verhandlung der Sache erzeugten Totaleindruck und die daraus hervorgegangene subjective Ueberzeugung gegründet hätten, auf welche letztere die Anzeigen nothwendig einen großen Einfluß hätten ausüben müssen." [4a])

Diese Behauptung widerspricht aber geradezu der Natur des germanischen Beweissystems und überträgt auf die deutsche Schöffenverfassung eine ihr fremde Eigenthümlichkeit der neueren Geschwornengerichte. Denn mögen

4a) Bauer a. a. O.

Digitized by Google

auch die Schöffengerichte hinsichtlich der Composition, der Trennung der Urtheiler vom Richter im eigentlichen Sinne u. s. w. noch so viel Verwandtschaft mit den Geschwornengerichten haben, so kann doch gerade von einem Richter nach subjectiver Ueberzeugung im altdeutschen Strafverfahren auf keine Weise die Rede seyn. Der Beweis in diesem letztern war, wie allgemein anerkannt ist, ein rein formeller[5]), d. h. beim Vorhandenseyn gewisser Thatsachen, zu deren Wahrnehmung es blos gesunder Augen und Ohren bedurfte, wurde die Schuld oder Unschuld für erwiesen angenommen, ohne daß es dabei auf die innere Ueberzeugung des Richters angekommen wäre, wenn gleich freilich nicht zu leugnen ist, daß ein solcher Beweis durch gerichtlichen Zweikampf, das Bahrrecht und andere Gottesurtheile in sofern kein natürlicher, sondern ein künstlicher im neuern Sinne war, als dabei auch keine unmittelbare Erkenntniß des Verbrechens erlangt, sondern aus Thatsachen darauf geschlossen wurde und dem ganzen Verfahren auch in der damaligen Zeit die feste Ueberzeugung zu Grunde liegen mochte, daß, weil Gott die Unschuld schützen werde, das Resultat einer solchen Beweisführung auch materielle Wahrheit gewähre. Dessen ungeachtet ist aber diese Art der Beweisführung, welche sich zum Theil auf eine durch Wunder bewirkte Abweichung von den gewöhnlichen Gesetzen der Natur stützte, und in sofern etwas sehr künstliches war, von unserm, gerade den natürlichen Lauf der Dinge zur Basis nehmenden Indicienbeweise himmelweit verschieden, und es kann daher die Behauptung nicht bestehen, daß

5) Vergl. Mittermaier die Lehre vom Beweise im Strafproc. S. 12. — Biener Gesch. des Inquis. Proc. S. 137. „und wenn das Urtheil zu sprechen war, hatten sie (die Schöffen) nicht aus ihrer Ueberzeugung das Schuldig oder Nichtschuldig auszusprechen, sondern das rein formelle Resultat des Beweises anzunehmen."

Digitized by Google

unser Indicienbeweis schon im altdeutschen Strafverfahren eine Stütze finde.

Ja es muß sogar bezweifelt werden, ob das s. g. Richten auf bösen Leumund, dessen im 14ten und 15ten Jahrhundert als einer Ausnahme vom ordentlichen Beweisverfahren gedacht wird und besonders Städten als eine Vergünstigung durch kaiserliche und fürstliche Privilegien zugestanden wurde, mit unserm Indicienbeweise verglichen werden könne. Viel wahrscheinlicher ist, daß dasselbe blos in der Zulassung eines natürlichen Beweises im Gegensatze zu der bei handhafter That nothwendigen Förmlichkeit des Ueberziehens bestand. Auf diese Erklärung, auf den Erlaß einer Förmlichkeit bis zum Beweis durch zwei Zeugen und die Ueberflüssigkeit des Ueberziehens bei vorhandenem Bekenntnisse weisen die von Haltaus s. v. Fäme und nach ihm von Henke[6]) und Biener[7]) angeführten Privilegien unverkennbar hin, und es war daher wohl nur Mißbrauch, wenn vermöge derselben auch auf bloße Indicien Verurtheilungen erfolgten; ein Mißbrauch, den Schwarzenberg wohl besonders in Nürnberg kennen zu lernen Gelegenheit gefunden hatte, weshalb er im 29sten Artikel der Bambergischen H. G. O. verbot, daß Niemand auf Vermuthung oder Anzeigung solle verurtheilt werden.

Wenn man aber behauptet, daß dieses in den Art. 22. der P. G. O. wörtlich übergegangene Verbot durch die Anwendung der Tortur bedingt werde, wenn man ferner behauptet, daß ohne die Zulässigkeit der Tortur die P. G. O. dieses Verbot gar nicht habe aufnehmen können[8]), so ist gerade dafür durchaus kein Be-

6) Geschichte des deutschen peinl. Rechts. S. 211 f.

7) Beiträge zur Geschichte des Inquisit. Proc. S. 138 f.

8) Vergl. Bauer in der angeführten Abhandl. S. 40.

Digitized by Google

weis beigebracht. Nirgends liegt auch nur die mindeste Andeutung in dem Gesetze, daß es, weil ihm das Mittel der Tortur zu Gebote stehe, den Anzeigenbeweis als ungenügend zur Verurtheilung verwerfe, sondern es verwirft ihn allgemein und unbedingt[8a]), und giebt dabei, mit den darüber erhobenen Controversen wohl bekannt, dem Richter nur das Mittel an, zu dessen Begründung Indicien allein tauglich seyen. Dies wird dem vorausgeschickten Verbote durch das zugleich einen Gegensatz andeutende Verbindungswort „sondern" angefügt, worin durchaus keine Andeutung enthalten ist, daß der zweite Satz eine Bedingung für den ersten enthalte. Was Schwarzenberg verfügt haben würde, wenn er die Tortur nicht gekannt hätte, ist eine Frage, die eigentlich an sich hier nicht in Betracht kommt; gewiß ist aber, daß man nicht sagen kann, er hätte dann einen Beweis, den er durchaus für unsicher und deshalb für ungenügend zur Verurtheilung in peinliche Strafe hielt, gegen seine Ueberzeugung für hinreichend zur Verurtheilung erklären müssen. Hätte man nur an die Möglichkeit gedacht, daß ein solcher Beweis doch nach Umständen ein vollständiger seyn könne, so würde die P. G. O. es dem Rathe der Rechtsverständigen überlassen haben, ob man trotz des vorhandenen Indicienbeweises doch noch die Folter gebrauchen solle, oder nicht, wie sie bei vorhandenem glaubwürdigen Zeugnisse die Folter verwirft. — Giebt es nicht noch gegenwärtig, ungeachtet der unverkennbaren bessern wissenschaftlichen Entwickelung der Lehre vom künstlichen Beweise, gelehrte und erfahrene Männer, die abgesehen vom positiven Gesetze die Verurtheilung auf künstlichen Beweis verwerfen, und wäre es denn vielleicht un-

8a) Dies ergiebt sich noch deutlicher aus dem gewöhnlich übersehenen Schlußsatze des Artikels: „Denn soll Jemand endlich zu peinlicher Strafe" u. s. w.

Digitized by Google

denkbar, daß auch ein neuerer Gesetzgeber, vor der nicht wegzuleugnenden größern Gefährdung der Unschuld zurückschreckend, vielleicht selbst von der Ansicht geleitet, daß die Verurtheilung auf Indicien von Seiten rechtsgelehrter Richtercollegien keine größeren, sondern vielleicht noch weniger Garantien gegen Bestrafung des Unschuldigen gewähre, als das Schuldig der Geschwornen, den künstlichen Beweis für ungenügend zur Verurtheilung erklären könnte? Und wenn wir nun auch zugeben wollen, daß diese Ansicht eine unrichtige sey, würde man denn deshalb das daraus hervorgegangene Gesetz als ungültig betrachten können? Sollte die Anwendbarkeit aller Gesetze durch die Richtigkeit ihrer Gründe bedingt werden, so würde eine gar große Zahl derselben umgestoßen werden. Der Richter hat aber einer bekannten Regel zufolge überhaupt nicht über Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit eines Gesetzes zu urtheilen.

Nicht zugeben kann man auch, daß das Beweissystem der peinlichen Gerichtsordnung so wesentlich auf der Anwendbarkeit der Tortur beruhe, daß, sobald man sich dieselbe hinwegdenke, das ganze Gebäude zusammenstürze und nur Ruinen übrig blieben [9]). Ist dieses Beweissystem nicht das nämliche, welches die gemeinrechtliche Theorie aus römischem und kanonischem Rechte entwickelt hat, und welches noch gegenwärtig besteht? Ist dasselbe wohl mit Grund (die Verurtheilung auf Indicien und erzwungenes Geständniß hinweggedacht) eine Ruine zu nennen, oder läßt sich nur behaupten, daß das feststehende Gebäude ohne die Anerkennung der Kraft des künstlichen Beweises den höchsten Grad der Vollkommenheit nicht erreicht habe, den ihm aber nicht die, sich über die Einsichten des Baumeisters erhebende Willkühr der

9) Bauer a. a. O. S. 35.

Digitized by Google

Werkleute, von welchen der Eine sein Material hierhin, der Andere dorthin tragen würde, sondern nur der Baumeister selbst ertheilen kann?! Wir glauben uns unbedingt für die letztere entscheiden zu müssen und können nur dem Gesetzgeber das Recht zugestehen, die zur Perfection des Beweissystems erforderliche Verfügung zu treffen.

Darf man also nicht behaupten, daß die P. G. O. ohne die Statthaftigkeit der Tortur die Vertheilung auf Indicien gar nicht habe verbieten können, so verliert die hier angefochtene Schlußfolgerung von dem Wegfallen der (willkührlich angenommenen) Bedingung auf die Aufhebung des Bedingten ihre ganze Grundlage und fällt als unhaltbar in sich selbst zusammen. Wäre aber auch die Möglichkeit der Erlangung eines natürlichen, für sicherer erachteten Beweises durch erzwungenes Geständniß als die ratio legis zu betrachten, so würde doch nur der als falsch zugegebene Satz „Cessante legis ratione cessat lex ipsa" zur Anwendung kommen können.

Ist demnach das Verbot des Art. 22. der P. G. O. durch Abschaffung der Tortur nicht als stillschweigend aufgehoben zu betrachten, so verstößt der behauptete allgemeine Gerichtsgebrauch allerdings gegen absolut verbietendes Gesetz und ist deshalb als rechtswidrig zu betrachten. Deshalb haben auch die neueren Gesetze über die Zulässigkeit des Indicienbeweises, wie noch eines der neuesten Gesetze für das Herzogthum Gotha vom 28. Febr. 1836, für nothwendig gehalten [10]), ausdrücklich das Verbot des Art. 22. der P. G. O. aufzuheben und den Richter zur Zuerkennung einer Strafe auf künstlichen Be-

10) Dieses Gesetz stimmt zwar in vielfacher Hinsicht mit dem Baierischen Strafgesetzbuche und dem Hannoverschen Entwurfe überein, enthält aber in sofern eine bemerkenswerthe Abweichung, als es für den Beweis der indicirenden Thatsachen nur natürliche Beweismittel gelten läßt.

Digitized by Google

weis zu ermächtigen. Auch kann von einer, die Verurtheilung auf Indicien billigenden, herrschenden Ansicht im gemeinen Rechte um so weniger die Rede seyn, als es sich gerade darum handelt, ob diese Ansicht ein Recht zu herrschen habe, und als, wenn man die Zahl der Gelehrten, welche sich ausdrücklich in neuerer Zeit für die fortdauernde Gültigkeit des Verbotes des Art. 22. ausgesprochen haben, mit der der Gegenpartei vergleichen will, das Uebergewicht ohne Zweifel auf Seiten der Erstern seyn dürfte. Denn während sich von den namhaften Schriftstellern der neuesten Zeit nur Bauer [11]), Pfeifer [12]), Jarcke [13]), Biener [14]) und zum Theil auch Hefftter [15]) für die Berechtigung des gemeinrechtlichen Richters zur Zuerkennung einer peinlichen Strafe erklären, halten Feuerbach [16]), Mittermaier [17]), Roßhirt [18]), Martin [19]), Abegg [20]), Henke [21]) und Müller [22]) mit Recht daran fest, daß die Abschaffung der Folter nicht zugleich die Aufhebung des Verbotes des Art. 22. der P. G. O. in sich schließe.

---

11) Strafproceß a. a. O.
12) Praktische Ausführungen Bd. II. S. 430.
13) N. Arch. des Crim. R. Bd. VIII. S. 131.
14) Gesch. des Inq. Proc. S. 755.
15) Lehrb. des Criminalrechts. §. 637.
16) Lehrb. des peinl. Rechts. §. 569.
17) Die Lehre vom Beweise im Strafproc. S. 443 f. Strafverfahren §. 175.
18) Zwei criminalist. Abhandl. a. a. O.
19) Lehrb. des Crim. Proc. §. 68.
20) Das. §. 139.
21) Handbuch der Strafrechtswissensch. Bd. IV. Berlin 1838. S. 593 f.
22) Lehrb. des Crim. Proc. §. 128.

Digitized by Google

VI.

Beiträge zur Lehre von den Gerichtsständen in peinlichen Sachen.

Von

A b e g g.

Die gewöhnlichen Eintheilungen des Gerichtsstandes in peinlichen Sachen und die Bestimmung der Begriffe der verschiedenen Arten beruhen größtentheils auf Uebertragung der für die bürgerliche Rechtspflege angenommenen Grundsätze, wie diese theils aus den geschriebenen Rechtsquellen, theils aus dem Gerichtsgebrauche abgeleitet sind. Es erklärt sich dieses zunächst aus den Quellen selbst, welche, wenn sie auch nicht eine durchgängige Gleichheit für beide Arten des rechtlichen Verfahrens in dieser Hinsicht anerkennen, doch vielfach Gemeinschaftliches aufstellen; ferner aus den Einrichtungen unserer Justizbehörden, besonders wo diese, wie es früher weit allgemeiner der Fall war, als jetzt, die bürgerliche und die Straf-Gerichtsbarkeit verbanden. Endlich mag auch die Art und Weise der frühern wissenschaftlich-praktischen Behandlung des Criminal-Prozesses als Anhang oder Theil des Civil-Prozesses, von dem jener unter den s. g. außerordentlichen Verfahrensarten seine Stelle fand [1]), nicht ohne Einfluß auf solche Analogien gewesen seyn, welche, wenn man sie streng prüft, weder überall zutreffend noch Bedürfniß sind.

1) Mein Lehrbuch des Criminal-Prozesses §. 11. Nr. 2. a.

Digitized by Google

Bekanntlich stehen in der neuern Zeit, wenigstens vom politisch-legislativen Standpunkte aus, zwei Principien mit einander im Kampfe, die sich auch für die Lehre von den Gerichtsständen erfolgreich äußern. Das eine bekundet sich in dem Streben, nach einer an sich lobenswerthen Vereinfachung, die aber in ihrer äußersten Abstraction nicht anders Statt finden konnte und kann, als mittelst Vernichtung vieler concreten Unterschiede, die in sofern als berechtigt anzuerkennen sind, als sie eine wesentliche Grundlage nicht etwa in blos vorübergegangenen jetzt unlebendigen geschichtlichen Gestaltungen, sondern in Verhältnissen haben, die ihre fortdauernde Berechtigung behaupten, indem sie in unseren Sitten, Standesansichten und verfassungsmäßig zu berücksichtigenden Rechten gegründet sind. Am weitesten ist man hierin in Frankreich gegangen: doch haben die Vortheile der neuern Gestaltung sich nicht nur überhaupt überwiegend erzeigt, weil dieselbe einer frühern Ausartung im andern Extrem und in zahlreichen Mißbräuchen entgegentrat, sondern auch, weil in der That mit der alle Staats-, Standes- und bürgerliche, selbst religiöse Verhältnisse ergreifenden Umwälzung und in Folge derselben neue Ansichten sich geltend gemacht und als berechtigt behauptet haben, die nicht ohne Gewalt und Verletzung gegen den ohnehin problematischen Vortheil die Zurückführung des frühern Zustandes, — wenn dieses möglich wäre, — aufgeopfert werden könnten. Das andere, theils erhaltende, theils rückwirkende Princip tritt bei uns minder schroff hervor, weil es jenes oben erwähnte nicht in solchem Extrem in Deutschland gegen sich hat. Ohne Zweifel behauptet auch dieses sein Recht, aber ohne das andere und dessen Nothwendigkeit in gehörige Grenzen zu bringen; und während es eben hier mehr ein Kampf der Principien und der Theorie ist, so besteht für die Gesetzgebung die Aufgabe, beide auf

Digitized by Google

ihren wahrhaften Standpunkt zurückzuführen und so zu versöhnen, daß im Besitz und im Bewußtseyn der Einheit, welche ihre nothwendigen Unterschiede hat, die Gegensätze sich vollständig entwickeln und wiederum zusammengehalten werden können.

In solcher keineswegs willkührlichen Beschränkung kann man das in unserer Zeit und in neueren Gesetzgebungen und Entwürfen sich bekundende Streben nach Vereinfachung der Gerichtsstände, durch möglichste Verminderung der s. g. privilegirten, nach Art und Umfang nur billigen: in Zusammenhang damit steht die immer mehr sich behauptende Nothwendigkeit der Trennung der Strafgerichtsbarkeit von der Handhabung der bürgerlichen Rechtspflege, so daß für jene ganz abgesonderte Behörden bestellt würden, obschon diese Nothwendigkeit auch wieder nicht ganz allgemein und unbedingt, sondern innerhalb gewisser Grenzen und mit anzuerkennenden Ausnahmen zugestanden werden dürfte. Manche Mängel, die sich vornehmlich in einem nicht selten ungleichen Verfahren und in einer Verletzung des Grundsatzes gleicher rechtlicher Beurtheilung zeigen — von denen ich an andern Orten ausführlicher gesprochen habe [2]), werden durch die jetzt sich mehr befestigenden Grundansichten vermieden, und die Rechtspflege wird in mehrfacher Hinsicht gewinnen, wobei die Möglichkeit einer mehr gleichförmigen und stetigen Praxis, — immer mit Anerkennung der unerläßlichen Freiheit und des Rechts der eigenen Ueberzeugung, auf der objectiven Grundlage der Gesetze, — keineswegs gering anzuschlagen ist. Der jetzige Zustand der Rechtsbildung, welcher, wie die Anforderungen gemacht werden, für die verschiedenen

2) Meine historisch-praktischen Erörterungen aus dem Gebiete des strafrechtlichen Verfahrens S. 142 f. und meine Abhandl. in diesem Archiv, neue Folge, Jahrgang 1835. S. 155 f.

Digitized by Google

nen Arten der landesherrlichen und anderen Gerichte nicht rein quantitativ verschieden seyn kann, entfernt ohnehin die Bedenken, die sich ehedem einer solchen äußern Gleichstellung entgegensetzen ließen, und die Unabhängigkeit der Rechtspflege, die zur Sitte gewordene übrigens auch gesetzlich und verfassungsmäßig ausgesprochene Selbstständigkeit, welche jeden dem Rechte und der Gerechtigkeit fremden Einfluß abweiset, gewährt hinlängliche Bürgschaft für die Beobachtung eines ordentlichen Verfahrens [3]). Es bedarf daher nicht mehr solcher Einrichtungen, die auf der Voraussetzung eines gegenseitigen Mißtrauens der verschiedenen Behörden beruhen. Die Verkümmerung der wahrhaften Grundlage und Einheit, welche die vielfachen Spaltungen und Sonderungen veranlaßt hatte, und vermöge welcher man einst noch viel weiter gegangen war, als historisch wohlbegründete Verhältnisse es geboten, hat sich nicht minder nachtheilig gezeigt, als der gleiche Fehler — hier zugleich die eigentliche Quelle des Mißverständnisses, — den man in politischer Hinsicht bei der Trennung der Staatsgewalten beging. Man kam dadurch zu Bestimmungen, die theils unausführbar waren, theils, weil sie in Wirklichkeit übergingen, zufolge der ihnen innewohnenden Unrichtigkeit und des Widerspruchs mit der Sache und ihrem Begriff, nur schädlich wirken konnten. Doch hievon weiter zu handeln, muß ich mir jetzt versagen. Bemerken will ich nur, daß eine gründliche Würdigung der Lehre von den Gerichtsständen, die dann in näherer Beziehung auf die gegebenen Verhältnisse und die Verfassung des besondern Staats Statt finden müßten, keineswegs eine

3) So kommt daher im Strafverfahren ein außerordentlicher Gerichtsstand in dem Sinne, daß mit Umgehung der zuständigen ersten Instanz sofort durch den anzuerkennenden Willen eines Betheiligten die Oberbehörde kompetent würde, gar nicht vor. Mittermaier Strafverfahren, zweite Aufl. I. §. 22. Mein Lehrbuch des Crim. Prozesses §. 59 a. E.

Digitized by Google

unbelohnende Aufgabe sey; und auch von dem Standpunkte des jetzt geltenden positiven Rechts wird es nicht leicht ein Praktiker für unnöthig erklären, jener Lehre, die so folgenreich ist, die ganze Aufmerksamkeit zu widmen, die sie in Anspruch nimmt. Es sind daher auch nicht müßige Fragen, die sich auf den Begriff und den Umfang der verschiedenen Arten der Gerichtsstände beziehen. Zwar könnte man bemerken, daß gerade hier die Praxis und überhaupt die positiven Einrichtungen die Zweifel genügend erledigen, die sich in der Theorie aufdringen, und die bei dieser da am meisten hervortreten, wo, in Ermangelung genauerer Bestimmung der Quellen, sich die unter einander abweichenden Ansichten der Schriftsteller geltend machen. Und ferner, daß ohne eben von Seiten der Praktiker, den Werth der Theorie zu verkennen, jene es von ihrem Standpunkte aus übersehen könne, wenn diese für ihre, vornehmlich für methodische Zwecke die Eintheilungen und Unterscheidungen nach Gesichtspunkten aufstellt, die ihr eigenthümlich sind. Allein dies trifft nicht ganz zu. Allerdings mag man es nicht mißbilligen, wenn z. B. im Strafrechte eine Anordnung und Classificirung der Verbrechen mit vielen Gegensätzen und Unterabtheilungen befolgt wird, die ein Gesetzbuch nicht unbedingt annehmen kann; es mag umgekehrt, wenn das Gesetzbuch auch in dieser Hinsicht nicht die Form und den Charakter eines Lehrbuchs haben soll, dem letztern nicht zugemuthet werden, auf dasjenige zu verzichten, was dem Gebiete der Rechtswissenschaft angehört, welches sich weiter erstreckt, als die letzte Bestimmung der Resultate in geschriebenen Gesetzen *). Indessen muß doch überall ein nothwendiger

4) Meine Abhandlung: „Beiträge zur Lehre von der systematischen Anordnung des besondern Theils des deutschen Strafrechts, im Verhältnisse zu den Quellen des positiven Rechts." In diesem Archiv, neue Folge. Jahrgang 1835. S. 367 f.

Digitized by Google

Zusammenhang zwischen Theorie und Praxis anerkannt und wissenschaftlich nachgewiesen werden. Die theoretischen Gesichtspunkte müssen, sofern sie wahrhaft solche sind, eine Bestätigung in der Anwendung finden; das in dieser Geltende, sofern es nicht blos willkührlich und ohne Rechtfertigung ist, muß auf sein Princip zurückgeführt werden können. Diese in dem Wesen der Sache gegründete Ansicht, die sich daher auch nicht auf den Gegenstand allein beschränkt, dessen wir bisher gedachten, verschafft sich die gebührende Anerkennung und vereinigt so die zum Theil nur aus Mißverständniß einander entgegengesetzten Meinungen.

Wir gehen nun zu einigen hierher gehörigen Punkten über. Die Unterscheidung der ordentlichen und außerordentlichen Gerichtsstände und der ersteren in gemeine und besondere, wird sich für die Wissenschaft fortbehaupten, weil das Bedürfniß dazu praktisch immer noch, aller Beschränkungen und Vereinfachungen ungeachtet, bestehen bleiben wird. Ja selbst wenn man die besonderen und die außerordentlichen Gerichtsstände aus Gründen des Rechts und der Rechtsgleichheit in manchen Anwendungen mißbilligt, so wird man doch nicht nur deren Unentbehrlichkeit im Allgemeinen und keinesweges lediglich aus politischen Rücksichten zugestehen, sondern sie auch, als durch Gründe des Rechts selbst geboten, und in der Nichtbeobachtung der hiebei eintretenden Umstände, eine Verletzung des Rechts anerkennen müssen. Um aber über solche Nothwendigkeit oder Zulässigkeit gehörig zu entscheiden, muß man die besondern Umstände und Voraussetzungen ins Auge fassen, und um so weniger an die abstract allgemeinen Gesichtspunkte sich halten, als der Mangel einer Uebereinstimmung und Gleichmäßigkeit des Sprachgebrauchs und der Begriffe hier leicht nachtheilig werden könnte.

Digitized by Google

Dies ist insbesondere der Fall in Betreff des Verhältnisses der besonderen oder s. g. privilegirten Gerichtsstände zu den außerordentlichen, und ich benutze die Gelegenheit, um mit der Darlegung einiger sich hier ergebenden Bemerkungen die Rechtfertigung meiner an einem andern Orte [5]) ausgesprochenen Ansichten und der von mir befolgten Bezeichnungsweise gegen neuerlich vorgebrachte Einwendungen zu verbinden.

Darüber will ich nichts erinnern, daß man privilegirte und besondere Gerichtsstände meist gleichbedeutend nimmt. Die privilegirten sind im Gegensatze der ordentlichen, gemeinen, unleugbar besondere, aber es gilt nicht umgekehrt, daß alle besondere auch zugleich privilegirte seyen. Wenn Manche namentlich hieher auch solche Ausnahmsgerichte rechnen, die ich unter den Gesichtspunkt der außerordentlichen stelle, z. B. Special-Gerichte, standesrechtliche Commissionen, so würde dieses nur richtig seyn, sofern man privilegium in der umfassenden Bedeutung nimmt, wo es auch ein odiosum in sich begreift. So wenig man aber gegen eine solche Bedeutung an sich erinnern kann, so ist es doch außer Zweifel, daß diese Bedeutung denen nicht vorschwebt, welche in neueren Schriften von einem privilegium fori sprechen. Auch geben die gemeinrechtlich beschränkten Fälle, z. B. der Gerichtsstand der Geistlichen und was in Betreff desselben verordnet ist, insbesondere das Verbot einer Verzichtleistung, daß hier nicht jene weitere Bedeutung angenommen werde, welche es gestattet, Fälle, die als Ausnahmen höchst beschränkt zu nehmen sind, mit unter jene Kategorie zu stellen.

Jene statt eines Privilegiums in der engern gewöhnlichen Bedeutung, oder eines Standes- oder sonstigen

5) Mein Lehrbuch des Criminal-Prozesses §. 51 f.

Digitized by Google

Vorzugs-Rechts, eine Ausnahme anderer Art enthaltenden Gerichtsstände [6]), also die Fälle, wo von einem bevorzugten Gerichtsstande die Rede nicht seyn kann, sind darum allein noch nicht zu den außerordentlichen zu rechnen; sie können deshalb ihre Eigenschaft, besondere zu seyn, immer beibehalten, und es ist rathsam, daran festzuhalten, um einen schärfern Grundsatz und eine genauere Begriffsbestimmung für die außerordentliche Form zu erhalten *).

Daß nämlich solche nicht nur aus politischen Rücksichten Statt finden, welche, wenn sie die einzigen waren, vielmehr Rechtsgründen entgegentreten müßten, sondern daß sie selbst durch letztere geboten werden, ist unbestritten.

Betrachten wir nun die verschiedenen abstract aufgestellten Gerichtsstände in Verhältniß zu den Fällen, wo deren Wirksamkeit bedingt erscheint, so ergiebt sich, daß bei allen ordentlichen, sie mögen gemeine oder besondere und s. g. privilegirte seyn, eine bestimmte Regel besteht, kraft welcher es möglich ist, zu entscheiden, wo die Competenz begründet sey, wo von Seiten des Gerichts die Befugniß und Verpflichtung zur Thätigkeit einzutreten, welcher die Dingpflichtigkeit der Person entspricht. Allerdings findet eine solche Regel im strafrechtlichen Verfahren, und wo ihre wirkliche Anwendung erst noch einer concreten Begründung bedarf, mit nothwendigen Modificationen Statt, die im bürgerlichen Prozesse nicht eben so

6) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 51.

*) Darüber nämlich, daß im Criminalverfahren nicht in der Bedeutung, wie in dem bürgerlichen Prozesse, ein außerordentlicher Gerichtsstand vorkomme, vermöge dessen, statt des sonst zuständigen Untergerichts, sofort ein Obergericht competent würde, ist unter den Rechtsgelehrten nur eine Meinung. Für das strafrechtliche Verfahren bedarf es daher einer andern Bestimmung.

Digitized by Google

vorkommen; allein es wird dadurch die Regel selbst keineswegs aufgehoben. Wir wollen dieses näher erklären.

Ist die Rede von dem Gerichtsstande des Wohnorts, so findet jene Regel ihre unmittelbare Anwendung, und hierin stehen sich die Fälle des bürgerlichen und des strafrechtlichen Verfahrens gleich. Anders ist es schon bei dem Gerichtsstande des verübten Verbrechens, der natürlich nicht im Voraus, sondern erst in concreto durch die Handlung sich bestimmt. Jenen Gerichtsstand hat in der Regel (Vagabunden ꝛc. ausgenommen) ein jeder, diesen nicht, da ja wohl die Mehrzahl der Personen überhaupt nicht Veranlassung giebt, die Strafgerichtsbarkeit gegen sie in Thätigkeit zu setzen. Dieses forum delicti commissi kann irgend eines und jedes mögliche der Criminal-Untersuchungsgerichte seyn; aber sobald es überhaupt auf dasselbe ankommt, so ist es bestimmt, wo es sey — indem der Fall einer subjectiven Concurrenz und eines Conflicts mehrerer solcher Gerichtsstände, da er aber nur zufolge der Anwendung der hierüber geltenden Grundsätze eintreten kann, keine Abweichung von denselben herbeiführt.

Eine scheinbar erheblichere Abweichung bietet der Gerichtsstand der Ergreifung dar, besonders wenn man ihn in der Bedeutung nimmt, wie ich es mit Mehreren thue [7]), wonach der Grund der Zuständigkeit eben in der Ergreifung selbst liegt, sofern diese in der Absicht Statt findet, dadurch diese Art der Competenz geltend zu machen; nicht aber in einem andern vorhergehenden und folglich außerhalb dieser Rücksicht liegenden Umstande, weil ja alsdann letzterer der entscheidende Grund wäre, — so daß

7) Lehrbuch des Criminal-Prozesses §. 55. Mittermaier §. 50. Martin §. 38. Müller §. 58. Henke §. 40. Nr. 1. erklärt den Streit für müßig.

Digitized by Google

es nicht abzusehen ist, weßhalb man nicht nach dieſem, ſondern nach der Ergreifung die Bezeichnung machte, welche letztere mittelbar oder unmittelbar ohnehin bei jedem andern Forum hinzukommen muß, ſobald daſſelbe ſein Recht geltend machen will. Es iſt dieſer Punkt keineswegs unpraktiſch; doch laſſen wir ihn jetzt bei Seite. Bei dem forum deprehensionis nun in unſerm Sinn, aber auch ſelbſt in der Bedeutung, in welcher es Andere nehmen, ergiebt nur der concrete Fall die nähere Entſcheidung; aber auch dieſe erfolgt dann nach einer allgemein aufgeſtellten Regel, ſo daß, wenn ſie Statt gefunden hat, keine Ausnahme und nichts Auſerordentliches obwaltet.

Einigermaßen kann man mit dem forum delicti commissi die im Civilprozeſſe vorkommenden fora contractus, gestae administrationis etc., und mit dem forum deprehensionis das forum arresti vergleichen; doch darf man die Vergleichung nicht zu weit treiben, und man wird nothwendige Unterſchiede anzuerkennen haben.

Entſcheidet ferner bei einem Jurisdictions-Conflict die Prävention, ſo möchte dieſes für die erheblichſte Ausnahme gelten. Allein da dieſe Weiſe der Beſeitigung einer Concurrenz, in Ermangelung anderer Ausgleichungsmittel, doch immer nur unter ſolchen Gerichten vorkommt, welche an ſich noch irgend einer der hier eintretenden Rückſichten wirklich zuſtändig ſind, da folglich dasjenige Gericht, welches mittelſt der Prävention eine bereits rechtlich vorhanden geweſene Zuſtändigkeit wirkſam geltend macht, indem der Umſtand, daß neben derſelben auch noch die Competenz eines oder mehrerer anderen Gerichte behauptet werden kann, in dem Recht nichts ändert, ſo finden wir auch hier nur die Anwendung einer beſtehenden Regel. Und daſſelbe gilt, wenn der Jurisdictions-Conflict unter mehreren gleich zuſtändigen Gerichten des n-

Digitized by Google

lichen Landes durch eine höhere Entscheidung in der Art erledigt wird, daß einem dieser Gerichte die Sache überwiesen wird. Anders wäre es, wenn das Obergericht oder Justizministerium keinem dieser concurrirenden Gerichte, sondern einem andern, welches überhaupt hier nicht zuständig wäre, die Unterscheidung ꝛc. auftrüge und dadurch eine von der gerichtlichen Ordnung abweichende und samit außerordentliche Competenz begründete.

So rechtfertigt sich demnach die Definition der ordentlichen Gerichtsstände mit allen ihren Unterarten als solche, wo, durch eine ein für allemal getroffene Bestimmung und auf einer festen im Rechte selbst gegebenen Grundlage, das Gericht bezeichnet ist, welches in einem gegebenen Fall thätig werden soll, und berechtigt ist, andere durch den Beginn dieser Thätigkeit, Ergreifung, Prävention ꝛc. auszuschließen.

Ganz anders verhält es sich aber bei den außerordentlichen Gerichtsständen. Bei diesen, in der Bedeutung, die ich ihnen beilege und die sich durch den Begriff der Sache rechtfertigt, läßt sich nicht durch eine im Voraus gegebene Regel oder gesetzliche Bestimmung und auch nicht auf eine der übrigen bisher erwähnten Weisen, die im concreten Fall aber doch immer auf Grund einer solchen Regel Anwendung finden, angeben, welches Gericht in einem vorkommenden Fall berufen sey. Vielmehr erfolgt die Entscheidung für jeden speciellen Fall erst besonders, und es kann hier, ohne Rücksicht auf sonstige Voraussetzungen der Zuständigkeit, irgend eins der vielen Gerichte eines Landes, welches dann ermittelt wird, mit der Competenz bekleidet werden; z. B. wenn wegen Ablehnung eines Richters, wegen Beschwerden über Mißbräuche ꝛc. eine solche Verfügung von der höhern Behörde getroffen wird. Von den Fällen, die man außer den un-

Digitized by Google

streitig hieher gehörigen [8]) noch anzuführen pflegt, sind einige wenigstens gemeinrechtlich nicht gegründet, oder lassen sich auf andere Gesichtspunkte — des gemeinen oder besondern Gerichtsstandes — zurückführen, wie sie denn auch von den Rechtslehrern verschiedentlich in die Reihe der Fora untergestellt werden [9]).

Dagegen gehören an sich und nach der obigen Definition unzweifelhaft die Special-Commissionen und namentlich die s. g. Standrechte zu den außerordentlichen Gerichtsständen und dürfen nicht zu den ordentlichen, besondern, gerechnet werden: wie es denn gänzlich an einem Kriterium gebricht, woran man sie als solche zu erkennen vermöchte. Niemals kann in den Fällen, von welchen die Rede ist, ein sonst nicht competenter Richter sich eine Gerichtsbarkeit beilegen, sondern es bedarf stets einer unmittelbaren höhern Bestimmung, wobei es dann nichts an der Sache ändert, wenn diese für eine Reihe von Fällen, oder für eine längere Zeit getroffen wird. Es findet hier stets eine Ausnahme Statt, der zufolge die ordentliche Competenz anderer Gerichte ausgeschlossen und suspendirt wird. Höchstens so viel kann man zugeben, daß für die künftigen Fälle von Vergehen der Art, für welche die Special-Commission angeordnet ist, letztere, sofern sie auf längere Dauer, auf mehrere Jahre, oder auf unbestimmte Zeit berufen ist, — in einen besondern Gerichtsstand übergehen könne. Niemals aber ist solches der Fall bei den in neuerer Zeit in einigen Gesetzgebungen z. B. der österreichischen [10]), baierischen [11]), und

8) Mein angef. Lehrbuch §. 59.

9) Vgl. z. B. Mittermaier §. 52. Martin §. 38 b f. Müller §. 63. Henke §. 41 f.

10) Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizei-Uebertretungen Th. I. §. 500 f.

11) Strafgesetzbuch Th. II. Art. 441 f.

Digitized by Google

in einigen Entwürfen z. B. dem württembergischen [12]) angeordneten Standrechten. Henke [13]) mißbilligt es, daß ich solche nicht zu den sachlich-privilegirten, sondern zu den außerordentlichen rechne, ja er findet darin selbst einen Widerspruch mit der Bedeutung, die ich dem außerordentlichen Gerichtsstande unterlege. Allein hier thut er mir Unrecht, und ich kann mich dagegen wohl genügend rechtfertigen. Er erinnert: „Beruht der außerordentliche Gerichtsstand nicht auf einer Anwendung des Gesetzes, auf einer in demselben im Voraus bestimmten Regel, sondern auf specieller, durch einen concreten Fall veranlaßter Verordnung, so können zu demselben nicht Gerichtsstände gerechnet werden, die von der Gesetzgebung im Voraus anerkannt sind."

Zunächst findet wirklich eine solche Verordnung und deren Veranlassung durch besondere Fälle Statt. Denn das Standrecht wird nur durch außergerichtliche Umstände, die öffentliche Ruhe und Sicherheit in so hohem Grade störende Verbrechen hervorgerufen, daß die ordentlichen Mittel der Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit unzureichend erscheinen. Es kann dabei keinen Unterschied machen, daß die Gesetzgebung im Voraus einen solchen Gerichtsstand anerkennt. In der That stellt sie dieselbe nicht als einen regelmäßigen, aber besondern auf, so daß ein derartiges Forum schon überhaupt bestünde, und man anzugeben vermöchte, wann und für welche Verbrechensfälle es thätig werden müßte, wo es sich befinden, und aus welchen Personen das Gericht gebildet würde, sondern sie erkennt nur die Möglichkeit an, daß aus dringenden Ursachen hier eine Abweichung von dem ordentlichen Rechtsgange und durch ein außerordentlicherweise zu-

12) Entwurf vom J. 1828. §. 437; vom J. 1830. Art. 477 f.

13) a. a. O. §. 42. Not. 7.

Digitized by Google

sammenzuberufendes Gericht zugelassen werde [14]). Daß dieses allgemein gesetzlich bestimmt wird, hat den Zweck, den Forderungen der Verfassung zu entsprechen, welche verletzt werden würden, wenn dergleichen Ausnahmen, seyen sie auch durch eine Art Nothstand geboten, willkührlich getroffen werden sollten; denn die Regel ist, daß Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werde. Indem die Gesetzgebung einen solchen Vorbehalt macht, über dessen Gebrauch erst stets noch eine besondere Bestimmung ergehen soll, welche sich auf eine Menge von Einzelnheiten bezieht, die sonst bei den ordentlichen Gerichtsständen unmittelbar gegeben sind, erklärt sie deutlich genug, daß hier ein außerordentlicher Gerichtsstand eintreten solle. Um alle Zweifel zu beseitigen, so ist dieses auch ausdrücklich in den Gesetzen, die vom Standrecht handeln, gesagt. Man darf hiernach mit Recht fragen, warum diese in der Natur der Sache und in den Quellen gegründeten Sätze bei Seite gesetzt, andere Gesichtspunkte aufgestellt, und diejenigen eines Widerspruches geziehen werden, welche sich an solche Bestimmungen halten.

So werden z. B. in dem österreichischen Gesetzbuche über Verbrechen und schwere Polizei-Uebertretungen §. 507. 509. das Standrecht und das ordentliche Criminalgericht einander entgegengesetzt, und die Fälle bestimmt, wann letzteres in die durch ersteres nur außerordentlicherweise suspendirten Rechte der Zuständigkeit wieder eintreten solle. Gleiches findet sich in dem baierischen Strafgesetzbuche [15]), und nach diesem in dem württembergischen Entwurfe einer Strafprozeß-Ordnung vom Jahr 1830. Art. 484. Dieser sagt insbe-

14) Die württemberg. Entwürfe gedenken daher mit Recht dieser Fälle, unter der Rubrik der außerordentlichen Verfahrensarten.

15) Th. II. Art. 441.

Digitized by Google

sondere Art. 478: „Die rechtlichen Wirkungen des Standrechtes sind folgende: 1) die ordentliche Strafgerichtsbarkeit tritt in Ansehung derjenigen Verbrechen und innerhalb desjenigen Bezirks, für welchen das Standrecht namentlich angeordnet ist, außer Wirksamkeit."

Zu diesen Gründen und Beweisen, die es außer Zweifel setzen, daß hier ein außerordentlicher Gerichtsstand, in dem oben bezeichneten Sinn, angeordnet werde, kommt noch Folgendes, was nicht übersehen werden darf. Alle ordentlichen Gerichte sind angewiesen, das im Gesetz als Regel vorgeschriebene Verfahren in allen seinen Theilen und wesentlichen Bestimmungen zu beobachten. Verletzungen dieser Pflicht ziehen nach Umständen die Nichtigkeit des Verfahrens, auch wohl Ahndungen gegen die schuldigen Beamten nach sich. Es bedarf hier keiner Ausführung der Rechtsgründe, welche dieses gebieten und der Gefahren für die Rechtssicherheit und den nothwendigen Schutz, den selbst der Verbrecher, um so mehr der überhaupt nur erst zur Untersuchung zu ziehende Verdächtige in Anspruch nehmen dürfen, welche durch eine Abweichung herbeigeführt würde. Eine solche findet nun aber bei dem Standrechte in so hohem Grade Statt, daß im Gegensatz gegen das ordentliche Verfahren ein ganz außerordentliches eintritt.

Wir wollen, da die zugänglichen Quellen uns der Nothwendigkeit einer Schilderung aller Abweichungen von dem ordentlichen Rechtsgange überheben, nur aufmerksam machen auf die außerordentliche Besetzung des Standgerichts durch die Hinzuziehung von Militärpersonen [16]), auf die schnelle Procedur, welche in den Raum

16) Dies ist in allen Gesetzgebungen, mit Ausnahme der österreichischen, bestimmt.

Digitized by Google

von wenig Stunden die Untersuchung, Urtheilsfällung [17]) und die Vollstreckung des Spruches, ohne Appellation und ohne Gesuch um Gnade, zusammendrängt; auf die Zulässigkeit der Todesstrafe in Fällen, wo sie sonst ausgeschlossen ist, und auf die Art derselben, welche — wenigstens in dem baierischen Gesetzbuche und dem würtembergischen Entwurfe eine militärische ist und durch Erschießen vollzogen wird.

Schwerlich wird man ein auf solche Weise berufenes Gericht, dem eine so von der Regel sich entfernende Art des Verfahrens vorgeschrieben ist, zu den ordentlichen zählen können; vielmehr wenn in einem der Fälle, wo man von einem außerordentlichen Gerichtsstande spricht, diese Bezeichnung richtig erscheint, so ist es hier, wo die Gesetze selbst es anerkennen, daß nur eine außergewöhnliche Lage der Dinge es gebieten und rechtfertigen könne, zu Maaßregeln zu schreiten, die schon nicht mehr in dem Kreise der eigentlichen Rechtspflege liegen, sondern im Gegentheil, an deren Stelle treten, um ihre Unzulänglichkeit für Erreichung der nothwendigen Zwecke, der Erhaltung der innern Ruhe ꝛc., rasch und nachdrücklich eingreifend zu ersetzen [18]).

Während nämlich in dem ordentlichen Rechtsverfahren der Zweck ist, die Gerechtigkeit zu handhaben, und dieser wesentliche Grundsatz mehr oder minder ausdrücklich überall anerkannt und bestätigt ist [19]), so tritt

17) Auch daß die sonst gewöhnliche Trennung der Untersuchungs- und der Urtheil sprechenden Behörde hinwegfällt, ist etwas, was nur außerordentlicherweise vorkommt.

18) Man müßte nach der entgegengesetzten Ansicht sagen: „Für die und die Fälle tritt ein sachlich-privilegirter ordentlicher Gerichtsstand (Henke §. 41. vgl. mit §. 41. i. A.) ein, sobald solcher außerordentlicherweise angeordnet ist." Dies wäre aber jedenfalls ein stärkerer Widerspruch.

19) Meine Schrift: die verschiedenen Strafrechtstheorieen in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte §. 33—40.

Digitized by Google

diese Rücksicht in den Hintergrund, wenn Aufruhr und andere an einem Ort begangene schwere Missethaten, Mord ꝛc. nicht blos gestraft, sondern auch möglichst unterdrückt, die gestörte innere Sicherheit hergestellt werden sollen, wie dann hier auch in Staaten, welche ein solches standrechtliches Verfahren nicht ausdrücklich im Gesetzbuche vorschreiben, die Administrativ- und Militär-Behörden in Thätigkeit kommen.

So rechtfertigt z. B. das österreichische Gesetzbuch, wie auch Henke [20]) selbst erwähnt, das Standrecht durch den Nothstand. Der §. 500. lautet:

„Dringende Nothfälle können das außerordentliche Verfahren des Standrechtes veranlassen, welches darin besteht, daß das Verbrechen auf das Kürzeste untersucht, der Schuldige sogleich verurtheilt und die Strafe auf der Stelle vollzogen wird."

Ferner §. 501:

„In der Regel kann das Standrecht nur bei einem Aufruhre Statt finden, wenn es nämlich bei einer Volksbewegung, oder Zusammenrottung, so weit kommt, daß zur Herstellung der Ruhe die ordentlichen Zwangsmittel nicht mehr zureichen, und die Anwendung außerordentlicher Gewalt nöthig würde. Die Erklärung, daß Aufruhr ist, und die Nothwendigkeit des Standrechts eintritt, bleibt der Landesstelle im Einverständniß mit dem Obergerichte der Provinz, und, wenn Gefahr auf dem Verzuge steht, dem Kreisamte vorbehalten. Nach gestillter Unruhe kann ein Standrecht nicht mehr angefangen, noch, wenn es wirklich im Zuge wäre, fortgesetzt werden."

---

20) a. a. O. §. 42 a. E.

Digitized by Google

Wird nun wohl ein vorzugsweise von der politischen Stelle berufenes Gericht, welches nur die Unruhe durch Anwendung außerordentlicher Gewalt stillen, dann aber, und wenn dieser Zweck durch Abschreckung ꝛc. (§. 508.) erreicht ist, seine Functionen sofort einstellen soll, als ein ordentliches im Sinn des strafrechtlichen Verfahrens bezeichnet werden dürfen?

Auch der württembergische Entwurf, der übrigens genauere und einer möglichen Willkühr strenge entgegentretende Bestimmungen aufstellt, z. B. Art. 486. den Weg der Gnade nicht in allen Fällen ausschließt, und die Anordnung des Standrechts nur nach Königlicher Bestätigung zuläßt, geht von jenen Gesichtspunkten aus, welche mehr staatspolizeilich, als juristisch sind. Auch hier wird als Zweck nicht die Handhabung der Rechtspflege, sondern die Herstellung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit durch außerordentliche Gewalt angegeben. Daher wird noch hier §. 478. Nr. 3. verfügt:

„Alle diejenigen, welche geständig oder überwiesen sind, sich nach verkündetem Standrecht eines zur standrechtlichen Behandlung geeigneten Verbrechens als Miturheber oder Gehülfen schuldig gemacht zu haben, werden mit dem Tode bestraft, ohne Unterschied, ob der von ihnen verschuldete Grad des Verbrechens nach den bestehenden Gesetzen mit dem Tode bedroht ist, oder nicht." Vgl. Art. 481. Nr. 3.

Und ferner, obgleich sonst grade in dem württembergischen Entwurfe zu einem Strafgesetzbuche das Gerechtigkeitsprincip anerkannt ist [21]), so wird doch hier Art. 488. erklärt, daß abschreckende Beispiele durch standrechtliches Richten der Hauptschuldigen ge-

21) Meine Beiträge zur Kritik dieses Entwurfs S. 15 f. Mit allem diesen stimmt auch das Bater. Strafgesetzbuch überein Art. 442, Nr. 3.

Digitized by Google

geben werden sollen, so daß, wenn solche ihren Zweck erreicht haben, das Standrecht mit Stimmenmehrheit beschließen kann, daß bis zu eingeholter höchster Entscheidung sein Verfahren einzustellen sey.

Alles dieses erklärt sich dann auch aus Art. 477:

„Das Standrecht kann wegen folgender Verbrechen angeordnet werden:

1) wegen Aufruhrs, wenn dieser an Umfang so sehr zugenommen hat, oder in der Hartnäckigkeit so weit gediehen ist, daß die öffentliche Ruhe und Sicherheit nur durch außerordentliche Gewalt wieder hergestellt werden kann;

2) wenn in einzelnen oder mehreren Oberamts-Bezirken Mord, Raub, Brandlegung ungewöhnlich überhand nehmen, vorzüglich aber, wenn sich ganze Banden zu solchen Verbrechen vereinigt haben, und die ordentlichen Mittel zu Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit fruchtlos geblieben sind."

Ich schließe hiemit diese Betrachtung, indem meine Kritik der in den verschiedenen Gesetzgebungen aufgestellten Bestimmungen jetzt nicht zu meiner Aufgabe gehört, welche sich darauf beschränkte, meine Grundsätze gegen die Einwendungen eines so gewichtigen, — ich darf nicht sagen Gegners, — sondern gleichgesinnten Mitarbeiters — auf dem Felde der Wissenschaft zu vertheidigen.

Halle,
gedruckt in der Gebauerschen Buchdruckerei.

Digitized by Google

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

J. M. F. Birnbaum
in Utrecht,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

A. W. Heffter
in Berlin,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1839.
Zweites Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1839.

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1839. Zweites Stück.

VII.

Ueber die relativ unbestimmten Strafgesetze in den neuesten Strafgesetzbüchern und die richtige Ausmessung der darin befindlichen Strafen.

Von
Mittermaier.

Ein Hauptbeweis, daß allmählig der Sieg des Gerechtigkeitsprincips in unseren Strafgesetzgebungen anerkannt wird, liegt in den relativ unbestimmten Strafgesetzen, welche ein Minimum und Maximum der Strafe drohen und es dadurch dem Richter möglich machen, die Strafe in jedem einzelnen Falle nach der Größe der Verschuldung auszumessen. Schon in dem österreichischen und baierischen Strafgesetzbuche bilden diese Strafgesetze die Regel; vergleicht man aber die neuesten Strafgesetzgebungen mit denen, die am Anfange dieses Jahrhunderts erschienen,

Digitized by Google

so bemerkt man leicht, daß in den letzten noch mit einer gewissen Aengstlichkeit und mit Mißtrauen gegen die Richter relativ unbestimmte Strafen gedroht sind, indem der Raum, welcher dem Richter für seine Wahl gegönnt wird, noch sehr eng ist, z. B. wenn das Gesetz zwei bis 4 Jahre Freiheitsstrafe droht, während nach unseren neuen Strafgesetzgebungen der Richter sich freier bewegen und z. B. zwischen Arbeitshaus von 6 Monaten und Zuchthaus von 8 Jahren, oder Zuchthaus von 3 bis 15 Jahren wählen kann. Prüft man näher die Art, wie die Gesetzbücher das System dieser Strafgesetze durchführen und die Weise, wie unsere Richter häufig diese anwenden, so erkennt man bald die Nothwendigkeit, manche Vorurtheile, die noch immer in den Köpfen der Gesetzesredactoren und der Richter spuken, anzugreifen. Es sey erlaubt, I. manche Inconsequenzen der Gesetzgeber in der Durchführung des Systems zu rügen, II. die Grundsätze anzugeben, nach welchen die relativ unbestimmten Strafgesetze richtig anzuwenden sind, und III. die Voraussetzung darzustellen, unter welcher diese Anwendung möglich wird.

I. Das System relativ unbestimmter Strafgesetze beruht darauf, daß kein Fall dem andern in Bezug auf die Verschuldung des Thäters gleicht, daß aber eine Strafe nur gerecht ist, wenn sie mit der Größe der Verschuldung in Verhältniß steht, daß daher der Gesetzgeber nicht Allen, welche das nämliche Verbrechen dem Titel nach verüben, die gleiche festbestimmte Strafe drohen kann, sondern den Richtern, welche die Verschuldung in jedem einzelnen Falle beurtheilen können, überlassen muß, die dieser Verschuldung entsprechende Strafe auszusprechen. Dieser Grundsatz muß bei allen Verbrechen zur Anwendung kommen, weil keines gedacht werden kann, in welchem jeder Fall dem andern gleich steht, und der Gesetzgeber, wenn er gerecht seyn will, es in allen Fällen seyn muß. Da-

Digitized by Google

durch erkläret sich von selbst die Verwerflichkeit aller absolut bestimmten Strafgesetze. Von der Todesstrafe soll hier zunächst nicht gesprochen werden, da wir in dem nächsten Hefte über den gegenwärtigen Zustand der Ansichten in Bezug auf die Drohung der Todesstrafen umständlicher sprechen werden. In Ansehung der Freiheitsstrafen aber ist es vorzüglich die lebenslängliche Freiheitsstrafe, welche die Aufmerksamkeit der Gesetzgeber verdient. Wir wissen wohl, daß neuerlich wieder die Rechtmäßigkeit dieser Strafen [1]) überhaupt angegriffen wurde. Der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes hat an einem andern Orte [2]) die Bedingungen nachzuweisen gesucht, unter welchen diese Strafe gerechtfertigt werden kann. Die Hauptbedingung ist: daß sie nie absolut, sondern nur neben einer zeitlichen Freiheitsstrafe gedroht werde (z. B. lebenslängliches oder zeitliches Zuchthaus nicht unter 12 Jahren), damit der Richter die der Verschuldung des Falles anpassende Strafe wählen könne. — In dem badischen Entwurfe [3]) ist dies System consequent durchgeführt; dagegen muß man das sächsische Gesetzbuch und den würtembergischen Entwurf, wie er sich durch die Berathung und Beschlüsse der Kammern darstellt, großer Inconsequenz beschuldigen. Man fragt, warum das königl. sächsische Gesetzbuch bei dem Majestätsverbrechen (§. 97.), bei Raub (§. 163.), bei Brandstiftung (§. 172.) die lebenslängliche Zuchthausstrafe absolut droht. Daß in diesen Fällen so wie in dem Falle des Art. 64. diese Drohung unzweckmäßig ist, daß

1) Foucher sur la reforme des prisons. Rennes 1838. pag. 93.

2) In meinem Aufsatze in der Revue de législation par Wolowski. Paris 1836. Vol. IV. p. 21. 96. 270. und Abegg in Archiv des Criminalrechts neue Folge 1838. Nr. 3.

3) Eine Inconsequenz fand sich in Art. 74. des badischen Entwurfs; bei der Revision (Art. 76.) wurde der Fehler verbessert.

Digitized by Google

so leicht Fälle vorkommen können, welche unter den Artikel subsumirt werden müssen, wo aber die lebenslängliche Strafe ungerecht seyn würde, hat der Verfasser dieses Aufsatzes schon in diesem Archive *) nachgewiesen. In dem würtembergischen Entwurfe ist durch die Beschlüsse der Kammern der Fehler des Entwurfs, der oft lebenslängliches Zuchthaus absolut droht, vermieden worden; allein desto auffallender ist es, daß man dieser Ansicht nicht treu blieb. So ist daher z. B. im Art. 144. bei der Beleidigung der Königin durch körperliche Mißhandlung, Art. 277. bei der Nothzucht, wenn der Tod der Genothzüchtigten erfolgte, Art. 294. bei dem Raub (wenn er gewisse Qualificationen an sich trägt) lebenslängliches Zuchthaus absolut gedroht, während richtig im Art. 361. bei der Brandstiftung die lebenslängliche Strafe neben der zeitlichen von 20 Jahren gedroht ist. Wer wird läugnen, daß auch in den oben bezeichneten Fällen, wo absolut die Strafe gedroht ist, eine Verschiedenheit der Verschuldung vorkommen kann? Zwischen demjenigen, welcher das Mädchen, das seinen Lüsten sich wiedersetzt, durch eine lebensgefährliche Verletzung tödtet, wenn er auch nicht die bestimmte Absicht zu tödten hatte, und dies Verbrechen an einem unschuldigen Mädchen, dem er schon seit längerer Zeit auflauerte, verübt, und zwischen demjenigen, der die Nothzucht an einer Person begeht, deren Ruf bescholten ist, und in dem durch den Genuß starker Getränke aufgeregten Zustande die Person jedoch nicht lebensgefährlich mißhandelt, wo aber durch manche Zwischenursachen der Tod bewirkt wird, ist doch ein großer Unterschied in der Verschuldung, und dennoch soll nach Art. 277. jeden die gleiche Strafe treffen.

---

*) Neue Folge 1836. S. 326. 27.

Digitized by Google

Noch inconsequenter sind in unseren Gesetzbüchern einige andere Vorschriften, welche das Princip verletzen, daß der Richter nicht genöthigt wird, eine fest bestimmte Strafe ungeachtet der Verschiedenheit der Verschuldung auszusprechen. Hieher gehört die in dem sächsischen Gesetzbuche [5]) und in dem würtembergischen Entwurfe [6]) vorkommende Vorschrift, daß jedem Theilnehmer einer verbrecherischen Verbindung die That ganz beizumessen sey; bei Verbrechen, die mit relativ unbestimmten Strafen bedroht sind, hat dies keinen Nachtheil, da der Richter nicht gehindert ist, die Strafe eines jeden Einzelnen nach seiner Verschuldung auszumessen; ist aber ein Verbrechen, das mit einer absolut bestimmten Strafe bedroht ist, von Mehreren vermöge einer Verbindung verübt, so führt der obige Satz, wenn keine Ausnahme Statt finden kann, zur Härte. Es ist richtig, daß in der Regel jeder, der in einer verbrecherischen Verbindung sich befindet, an den Berathungen Theil nimmt, sich selbst allen Uebrigen gleichstellt, wenn er auch zu der Ausführung wenig beiträgt, wie ein Urheber und nicht als bloßer Gehülfe erscheint; allein denke man sich eine Verbindung von vier Personen, unter denen Einer, der entschlossene tyrannische Vater, das Verbrechen leitet, und eine Tochter, die an das Gehorchen gewöhnt ist, an dem Verbrechen Theil nimmt, z. B. an der Anzündung der eigenen Sache, oder an dem Morde eines Zollgardisten, der den Vater anzeigte, so daß dieser Rache zu nehmen beschloß; so kann man nicht behaupten, daß alle Theilnehmer mit gleicher Strafe zu belegen sind. In jeder Verschwörung giebt es Personen, die zwar an allen Versammlungen Theil nehmen, aber sehr gleichgültig sich dabei verhalten, oft nur dazu kommen, weil ihr

5) Sächsisches Gesetzbuch Art. 33.

6) Würtembergischer Entwurf Art. 75.

Digitized by Google

Verwandter oder Fremd eine Rolle dabei spielt. Ihre Thätigkeit ist dabei sehr unbedeutend; sie — die vielleicht geistig beschränkt sind — schüchtern, durch ihre körperlichen und geistigen Eigenschaften nicht imponirend, sind zwar im gesetzlichen Sinne Theilnehmer der Verbindung, aber ihre Verschuldung ist eine andere, als die der Alles leitenden Kühnen, den Uebrigen imponirenden Theilnehmer. Es bedarf daher einer Vorschrift [7]), welche den Richter ermächtigt, die Strafe des Theilnehmers auf die eines bloßen Gehülfen herabzusetzen, wenn sowohl sein Einfluß auf den gemeinschaftlichen verbrecherischen Entschluß, als seine Mitwirkung vor, bei und nach der That nur gering gewesen ist. — Eine andere durch die absolute Strafdrohung verletzende Vorschrift des sächsischen Gesetzbuchs wie des würtembergischen Entwurfs ist die, daß der Anstifter eines Verbrechens die nämliche Strafe wie der physische Urheber leiden soll. Schon früher versuchte der Verfasser dieses Aufsatzes [8]) zu zeigen, daß eine ausnahmslose Regel dieser Art zu Ungerechtigkeiten führe; in neuerer Zeit haben auch Knapp [9]) und italienische Criminalisten [10]) die nämliche Ansicht vertheidigt. Mag auch der Gesetzgeber die Regel aussprechen: daß der Anstifter die gleiche Strafe wie der Thäter leide, so muß er doch auch eine Ermächtigung dem Gerichte geben [11]), die Strafe des Anstifters auf die des Gehülfen herabzusetzen, und zwar überall, wo sich aus den Umständen ergiebt, daß die Einwirkung des Anstifters nicht die einzige und Hauptursache

7) Der badische Entwurf Art. 112. enthält eine solche.

8) In dem Archive des Criminalrechts Th. III. S. 146.

9) Knapp Erörterungen über den revidirten Entwurf S. 73.

10) Pianelli in der Zeitschrift: il Progresso delle scienze. Napoli 1837. Vol. XVIII. pag. 26.

11) Dies ist in dem revidirten badischen Entwurfe Art. 107. geschehen.

Digitized by Google

des Verbrechens liegt, z. B. wenn eine lange Zeit zwischen der Anstiftung und der nachmaligen Ausführung des Verbrechens verfloß, wo sich daher zeigt, daß der Thäter, welcher in der Zwischenzeit oft Gelegenheit gehabt hätte, das Verbrechen zu verüben und es nicht verübte, durch selbstständige nicht von dem Anstifter hervorgerufene Beweggründe zur Ausführung des Verbrechens bestimmt wurde, oder wo sich ergiebt, daß solche Motive, unabhängig von der Anstiftung, den Thäter erst bestimmten, z. B. neue Streitigkeiten, die er in der Zwischenzeit mit dem Getödteten hatte. Eine ausnahmslose Regel der Gleichstellung vom Anstifter und Thäter in der Strafe (vorzüglich von Bedeutung wenn absolut bestimmte Strafen gedroht sind) ist der Ausfluß der Abschreckungstheorie, verletzt aber alle Forderungen der Gerechtigkeit, nach welcher jeder nur nach der Größe seiner Verschuldung Strafe leiden soll.

Betrachtet man auch die Art, wie die Gesetzgeber von den relativ unbestimmten Strafgesetzen Gebrauch machen, so kann man sie von dem Vorwurfe der Inconsequenz nicht freisprechen. In der Regel ist nämlich ein sehr weiter Raum zwischen dem Minimum und Maximum der Strafe dem Gerichte gelassen; nach dem sächsischen Gesetzbuche ist in §. 87. bei Staatsverrath 2jähriges bis lebenslängliches Zuchthaus, in §. 89. zwei- bis 20jähriges Zuchthaus, in §. 100. bei Verbrechen gegen die Familie des Staatsoberhaupts 4jähriges bis lebenslängliches Zuchthaus, in §. 123. bei Todtschlag 8 bis 20 Jahre, in §. 126. bei Kindermord 4 bis 15 Jahre, in §. 137. bei Zerrüttung der Geisteskräfte 4 bis 20 Jahre, bei Raub in §. 163. 8 bis 20 Jahre, in §. 206. bei Duell 5 bis 20 Jahre, bei Betrug in §. 245. Gefängniß (also von einem Tage bis zu 6 Jahren Arbeitshaus), in §. 253. bei Mißbrauch der Religion Gefängniß (nicht unter 3 Monaten bis 4 Jahren Zuchthaus), in §. 268. bei

Digitized by Google

Münzverbrechen 2 bis 10 Jahre Zuchthaus gedroht. Werden solche Gesetze auf die unten näher anzugebende Weise von den Richtern zweckmäßig angewendet, so wirken sie gewiß wohlthätig, weil sie dem Richter die Möglichkeit gewähren, die der Größe der Verschuldung entsprechende Strafe für den einzelnen Fall zu bestimmen. Wenn man aber eine Reihe anderer Strafvorschriften findet, in welchen das sächsische Gesetzbuch einen sehr eng begränzten Raum dem richterlichen Ermessen giebt, so sieht man die Consequenz nicht ein. So z. B. droht das sächsische Gesetz bei dem Aufruhr (Art. 113.) Zuchthaus von 2 bis 4 Jahren; bei Kindesabtreibung (§. 128.) 1 bis 3 Jahre Arbeitshaus; bei Körperverletzung (§. 132. Nr. 3.) Arbeitshaus von 1 bis 4 Jahren; bei Erziehung der Kinder zu einer andern Religion (§. 147.) von 1 bis 2 Jahren; bei Entführung (148.) 2 bis 4 Jahre; bei Duell (206.) 1 bis 3 Jahre Gefängniß; bei Bigamie (218.) 1 bis 2 Jahre Zuchthaus. — Wir geben zu, daß der Gesetzgeber den Rahmen für die Strafausmessung um so mehr erweitern muß, je mehr er sich bei dem in Frage stehenden Verbrechen eine Masse von Combinationen der Verschuldung vorstellen kann; eben so erkennen wir als richtig an, daß bei manchen Verbrechen der Gesetzgeber Gründe hat, das Maximum zu begränzen, um der Willkühr der Richter, die sonst die Strafe zu sehr erhöhen könnte, zu beschränken, während er bei anderen Verbrechen Gründe hat, auch das Minimum zu begränzen, damit nicht ungezügelte Milde zuletzt die Strafe zu tief herabsetze; allein man muß mit Recht es bezweifeln, ob bei den oben angeführten Verbrechen, in welchen so beschränkende Strafvorschriften vorkommen, nicht die Gleichheit des Grundes, daß nicht der Richter genöthigt werde, eine der Verschuldung nicht entsprechende Strafe erkennen zu müssen, eben so verlangt hätte, das Minimum weiter

Digitized by Google

herabzusetzen, als dies im Gesetze geschehen ist. So ist es zu hart, wenn §. 113. der Theilnehmer wenigstens mit zweijähriegem Zuchthaus bestraft werden soll; wie häufig wird hier ein junger Mensch durch das Beispiel oder Verführung seines Vaters oder nächster Verwandten in den Strudel hineingezogen werden, bei dem besten Willen sich nicht mehr zurückziehen können und mit den Uebrigen gefangen werden, ohne daß seine Theilnahme an dem Verbrechen bedeutend ist. Eine Freiheitsstrafe von einigen Monaten wird gerecht seyn, während das Gesetz den Richter nöthigt, wenigstens 2 Jahre Zuchthaus zu erkennen. So werden Fälle bei der Kindesabtreibung vorkommen, in welchen die Arbeitshausstrafe von einem Jahre zu hart ist, z. B. in einem dem Verfasser bekannten Falle, wo eine Ehefrau, welcher der Arzt erklärt hat, daß, wenn sie Kinder gebähren müßte, nach ihrer Körperbeschaffenheit Gefahr für ihr Leben drohen würde, nachdem sie unerwartet wieder schwanger wurde, ihre Leibesfrucht, vielleicht deswegen durch ihren Ehemann selbst, abtrieb (ein Fall, der nach dem Zeugniß der Erfahrung ohnehin nicht so selten vorkommt). Selbst bei Kindesabtreibung einer außerehelich Geschwängerten, wenn sie auf Zureden ihres Schwängerers und in schwerer Bedrängniß das Verbrechen verübt, ist die Strafe von 1 Jahre zu hoch. Bei der Bigamie kann die als Minimum gedrohte Strafe von einem Jahre Zuchthaus zu hoch seyn, z. B. wenn ein Mann, dessen Frau vor 12 Jahren mit einem Verführer fortließ, nachdem er dringende Gründe hatte zu glauben, daß die Frau nach Amerika gezogen sey und nie wiederkehren würde, sich wieder verheirathet [12]).

12) Zwar ist nach §. 222. ein Milderungsgrund anzuwenden; allein auch dies im Art. gedrohte Minimum von 6 Monaten kann zu hoch seyn, z. B. wenn er den zweiten Ehegatten über die Verhältnisse nicht täuschte.

Digitized by Google

Auch in dem würtembergischen Entwurfe finden sich solche Inconsequenzen. Zweckmäßig sind auch darin die Räume für das richterliche Ermessen sehr groß; so ist häufig (Art. 132. 141. 196. 226.) Arbeitshaus schlechthin (also von 6 Monaten bis zu 6 Jahren) gedroht; in anderen Fällen ist (z. B. Art. 137.) 10 Jahre bis lebenslängliches, oder z. B. im Art. 168. bei Aufruhr 12jähriges bis lebenslängliches oder 3 bis 20jähriges, oder im Art. 229. bei Todtschlag 10 bis 20 Jahre, Art. 243. 6 bis 20jähriges Zuchthaus gedroht; in anderen Fällen droht das Gesetz selbst Arbeitshaus oder Zuchthaus bis 15 Jahren, z. B. in Art. 246. 257. Nr. 3. 277. 384. — Desto auffallender ist es, daß in anderen Fällen die Strafdrohungen das richterliche Ermessen so sehr beschränken. Auffallend ist es insbesondere, daß im Art. 190. für das Duell, wenn der Kampf auf Leben und Tod verabredet wurde und die Tödtung erfolgte, 5 bis 6jährige Festung gedroht ist; im Art. 195. ist bei Münzverbrechen 3 bis 6 Jahre Arbeitshaus gedroht. Im Art. 252. ist der Rahmen 15 bis 20, oder 10 bis 15 Jahre Zuchthaus zu enge. Im Art. 256. ist bei Kindesabtreibung Arbeitshaus mit dem Minimum von 3 Jahren, bei der Blutschande (Art. 283.) Zuchthaus von 5 bis 6 Jahren gedroht. So ist auch bei der Bigamie (Art. 286.) die Strafdrohung (1 bis 3 Jahre Arbeitshaus) zu enge begränzt. Am wenigsten begreift man, wie in zwei Fällen 5 bis 6 Jahre gedroht seyn können (also nur ein Jahr Differenz). Wer mag läugnen, daß eben bei dem Duell die Verschuldung eines Duellanten, der das Unglück hatte, den Andern zu tödten, so gering seyn kann, daß 5 Jahre Strafe viel zu hoch ist. Wer unter den erschwerendsten Umständen die Tödtung verübt, wird nur auf 6 Jahre verurtheilt, und der, welcher durch schwere Beleidigungen gereizt dem Zureden seiner Standesgenossen nachgiebt

Digitized by Google

und das Duell auf Leben und Tod verabredet, bei der Ausführung aber höchst ehrenhaft sich betragt, den Gegner schont, zur Versöhnung sich bereit zeigt, und endlich im Affect oder durch einen unglücklichen Zufall den Gegner tödtet, wird zu 5 Jahren verurtheilt. Ist hier die Differenz von 5 bis 6 Jahren nicht zu gering? Das oben angegebene Beispiel von Kindesabtreibung beweist, daß bei diesem Verbrechen das Minimum von 3 Jahren zu hoch ist. Bei dem Kindesmorde ist eben so das Minimum von 10 Jahren Zuchthaus viel zu hoch in Fällen, wo das Mädchen keinen Entschluß zur Tödtung vorher hatte und in dem Momente der Geburt unter den die Seelenthätigkeit schwer afficirenden Umständen den Entschluß das ohnehin schwächliche Kind zu tödten rasch faßt und ausführt. Die für den Fall, wo Stiefeltern mit Stiefkindern Blutschande treiben, im Art. 285. gedrohte Strafe des dreijährigen Arbeitshauses als Minimum ist oft viel zu hoch, z. B. in dem Falle, wo die Ehe mit den leiblichen Eltern nicht mehr besteht [13]).

II. Prüft man nun die Anwendung dieser relativ unbestimmten Strafgesetze, so bemerkt man manche bedenkliche Erscheinungen. Die Erfahrung lehrt, daß in vielen Gerichten die Strafausmessung mit einem großen Leichtsinn geschieht, an eine genaue Abwägung der Strafausmessungsgründe nicht gedacht und blos nach Willkür irgend eine Strafe herausgenommen wird [14]), wo nach den bekannten trüglichen Regeln über Stimmenzählung eine Strafe

13) Der badische Entwurf §. 327. droht hier nur Gefängniß. Man denke nur an die Verhältnisse auf dem Lande, wo in dem nämlichen engen Zimmer die ganze Familie zusammenlebt.

14) Wie häufig hört man eines der Mitglieder (Wehe dem Angeschuldigten, wenn dies Mitglied eben ein einflußreiches, den Uebrigen imponirendes ist) rufen: der Inculpat ist ja ohnehin ein schlechter Kerl, er verdient die volle Strafe, damit wir nicht so bald wieder ihn vor Gericht stellen müssen!

Digitized by Google

zuletzt erkannt wird, die eigentlich gar nicht durch die Majorität bestimmt wurde. In Collegien aber, wo die Strafberechnung gewissenhafter genommen wird, bemerkt man drei oft vorkommende Fehler: entweder betrachtet man das gedrohte Minimum als die ordentliche gesetzliche Strafe, die man in der Regel eintreten läßt, und nur erhöht, wenn Straferhöhungsgründe, z. B. schlechter Lebenswandel, Präméditation mit besonderer Bosheit vorhanden sind, oder man sieht das gedrohte Maximum als die ordentliche Strafe an, und steigt nur herab, wenn Strafminderungsgründe vorliegen, oder (was am häufigsten vorkommt) man betrachtet das Medium der Strafe (z. B. 4 bis 8 Jahre, gedroht sind 6 Jahre) als die ordentliche Strafe, die man wegen Straferhöhungsgründe erhöht, z. B. zu 7 Jahren, oder herabgesetzt wegen Minderungsgründe. Dabei ist es noch gewöhnlich, eigentliche Rechnungsexempel zu machen, jeden Strafmilderungs- oder Erhöhungsgrund zu zählen, zuletzt wenn auf einer Seite mehr als auf der andern vorhanden sind, zu subtrahiren und darnach die Strafe auszumessen. Solche Operationen müssen schwer getadelt werden; sie widerstreiten der Absicht der Gesetzgeber und führen zu einer ungerechten Strafanwendung. Schon der oldenburgische Gesetzgeber [15]) hat die Richter vor den eben bemerkten Fehlern gewarnt. Bei der Berathung des sächsischen Straf-

15) In einer Verordnung vom 11. October 1821 (zum Art. 102. des Gesetzbuchs), worin erklärt wird, daß die Richter nicht gebunden seyen, in Ermangelung besonderer Milderungs- und Schärfungsgründe auf den mittlern Grad der Strafe zu erkennen; die Art. 97—101. enthalten (heißt es in der Verordnung) im Allgemeinen die Regeln für die Zumessung der Strafen, bei deren Anwendung nicht sowohl auf die Zahl als auf die Beschaffenheit der mildernden oder erschwerenden Umstände zu sehen und stets die ganze That wie sie vorliegt zu beurtheilen, um soviel möglich in jedem Falle die der Uebertretung wirklich angemessene Strafe zu erkennen.

Digitized by Google

gesetzbuchs wurde auch von der Deputation der zweiten Kammer [16]) sehr richtig ausgesprochen, daß weder das Maximum noch das Minimum noch das Medium als volle gesetzliche Strafe angenommen werden könne, vielmehr dem gewissenhaften Richter überlassen werden müsse, welche Strafe innerhalb des ihm gelassenen Spielraums als die volle gesetzliche Strafe anzunehmen sey, indem der Begriff einer poena ordinaria, wie er bei den absoluten Strafen besteht, bei relativen nicht anwendbar wäre.

Unfehlbar würde die Ansicht, nach welcher das Minimum der Strafe als die ordentliche Strafe angenommen würde, im Widerspruche mit dem Gerechtigkeitsprincip und der Absicht des Gesetzgebers stehen; denn nach dieser Ansicht müßte regelmäßig das Minimum für alle Fälle angewendet werden, in welchen die Anschuldigung des Verbrechens vorliegt, das mit der Strafe verpönt ist; der Richter würde gleichsam eine gewisse Normalverschuldung annehmen, welche dem Gesetzgeber als correspondirend der ordentlichen Strafe vorschwebte; nur da, wo ein von dem Gesetzgeber bezeichneter Straferhöhungsgrund vorhanden ist, z. B. wenn der Thäter besondere Pflichten verletzte, wenn er einen schlechten Lebenswandel hatte, würde der Richter über das Minimum heraufgehen; dadurch würden zu viele Fälle gegen den Willen des Gesetzgebers zu gelinde bestraft werden, und jeder, der das erstemal ein Delict verübte, würde, wenn nicht besonderes Nachtheiliges sich aus den Akten ergeben würde, mit dem Minimum bestraft werden, während doch dies nur für die Fälle angewendet werden soll, wo die Verschuldung auf der geringsten Stufe steht; jede Kindesmörderin würde daher nach sächsischem Gesetzbuche mit 4 Jahren Zuchthaus bestraft werden, weil das Gesetz 4 bis 15 Jahre

16) Landtagsakten, Beilagen, 1ste Samml. S. 48.

Digitized by Google

Zuchthaus droht. Dies würde den Nachtheil haben, daß in den Fällen; in welchen wirklich die Verschuldung sehr herabsinkt, wo Verführung, große Noth, geistige Beschränktheit u. A. zusammenwirkten, der Richter keine Möglichkeit haben würde, die Strafe herabzusetzen, und so zwei Verbrechen, die auf höchst verschiedenen Stufen der Strafbarkeit stehen, mit gleicher Strafe bestraft würden, wodurch das allgemeine Gerechtigkeitsgefühl sehr verletzt wäre. — Nimmt man aber umgekehrt das gedrohte Maximum als die ordentliche Strafe — gleichsam als Anhaltspunkt an, von welchem der Richter ausgehe — so würde dadurch eine der Absicht des Gesetzgebers widersprechende Härte in die Strafanwendung kommen. Wenn daher das Gesetz dem Duell 2 bis 5 Jahre Arbeitshaus droht, so würde jeder gewöhnliche Duellfall mit 5 Jahren bestraft werden, während doch der Gesetzgeber diese Strafe nur als die äußerste drohen wollte, welche Anwendung im Falle der höchsten Verschuldung Statt finden sollte. Derjenige, dessen That wirklich den höchsten Grad dieser Verschuldung begründet, würde dann gleichfalls die nämliche Strafe leiden, zu welcher der verurtheilt wird, der eine weit verminderte Verschuldung hat. Denke man sich z. B., daß das Gesetz, wie das sächsische Art. 127., der Tödtung aus Fahrlässigkeit Gefängniß von 4 Wochen oder Arbeitshaus bis zu 3 Jahren droht, so würde nach der obigen Theorie der aus Unvorsichtigkeit auf der Jagd seinen besten Freund tödtet mit 3 Jahren bestraft und mit der nämlichen Strafe auch jener Dieb bestraft werden, der bei dem Einbruch in ein Gehöft den Knecht in einen Stall gesperrt und dann durch leichtsinniges Umgehen mit Feuer eine Feuersbrunst veranlaßte, bei welcher der eingesperrte Knecht verbrannte [17]).

17) Günther in seiner Schrift: die neuen Criminalgesetze für Sachsen S. 79.

Digitized by Google

Am meisten ist die Ansicht verbreitet, daß man das Medium als die ordentliche Strafe betrachten [18]) und dann im Falle von Minderungsgründen die Strafe näher dem Minimum — bei Erhöhungsgründen näher dem Maximum — ausmessen müßte; allein auch diese Ansicht ist verderblich und grundlos: 1) Dies führte nämlich zu einer großen Härte, die nie in der Absicht des Gesetzgebers liegt. Während er verlangt, daß die Strafe erkannt werde, die der Verschuldung im einzelnen Falle entspricht, und bei der Strafdrohung die verschiedenen Combinationen der Verschuldung sich vorstellt und wegen der Möglichkeit sehr schwerer Fälle ein hohes Maximum droht, oder in anderen Fällen wegen des durch Erfahrung bezeugten Vorkommens von Fällen sehr geringer Verschuldung das Minimum tief herabsetzt, würde der Richter die zwischen den beiden Endpunkten liegende Strafe als die ordentliche in allen Fällen eintreten lassen, in welchen die Verschuldung durchaus nicht gesteigert ist. Wenn z. B. das sächsische Gesetzbuch in Art. 87. bei dem Staatsverrath zweijährige bis lebenslängliche Zuchthausstrafe droht, würde für alle gewöhnlichen Fälle der Richter, wenn er die lebenslängliche Freiheitsstrafe einer 30jährigen gleichstellt, zu einer 14jährigen Zuchthausstrafe kommen. Weil bei dem Duelle, wenn Tödtung verabredet war und wirklich erfolgte, Strafe von 5 bis 20 Jahren im Art. 206. gedroht ist, müßte für alle gewöhnlichen Fälle, wo Tod eintritt, eine Strafe von 10 Jahren erkannt werden. Nach Art. 168. des würtembergischen Entwurfs ist den Anstiftern und Anführern des Aufruhrs 3 Jahre Arbeitshaus bis 20 Jahre Zuchthaus gedroht; hier würde für die gewöhnlichen Fälle die Strafe von 11½ Jahren erkannt werden. 2) Diese An-

18) S. auch richtig gegen die Sitte, das Minimum oder Maximum oder Medium der Strafe zum Grunde zu legen, Groß das Criminalgesetzbuch für Sachsen, mit Anmerk. S. 119.

Digitized by Google

sicht ist da, wo das Gesetz verschiedene Strafarten neben einander droht, gar nicht ohne die größte Störung durchzuführen; denn wenn das Gesetz z. B. Arbeitshaus oder Zuchthaus bis 10 Jahren droht, so ist eigentlich nur ausgesprochen, daß der Richter ermächtigt werden soll, für die Fälle der schwersten Verschuldung auch zu der Zuchthausstrafe aufzusteigen (da der Gesetzgeber die Angabe der verschiedenen Gradationen im Gesetze vermeiden wollte). Es würde daher ungerecht seyn, wenn der Richter zwischen dem Endpunkte von 6monatlichem Arbeitshause als Minimum und 10 Jahre Zuchthaus als der äußersten Strafe, zu der er schreiten kann, die mittlere Strafe von 6 Monaten und 10 Jahren als die regelmäßige des Verbrechens nach dem Willen des Gesetzgebers betrachten wollte. 3) Der obigen Ansicht liegt der Irrthum zum Grunde, daß bei der Bestimmung der Strafdrohung eines gewissen Verbrechens ein Zustand der Verschuldung als der regelmäßig verbrecherische vorschwebe, nach welchem er die gedrohte mittlere Strafe einrichtet; dies ist irrig; denn es giebt keinen Fall, den man als einen gewöhnlichen Fall der Verschuldung betrachten kann; in jedem Falle kommen Umstände vor, welche bei dem bestimmten Thäter günstig und ihn mehr entschuldigend einwirkten, während Andere seine Verschuldung vergrößern, z. B. der Dieb hätte Gelegenheit gehabt 100 Fl. zu stehlen und er stahl nur 50 Fl., er suchte aber mit großer List und Dreistigkeit die Gelegenheit auf; derjenige, welcher einen Andern verwundet, ist durch den Gegner und seine Neckereien gereizt worden; allein der Gegner war sein Wohlthäter. Kein Gesetzgeber wird sich, wenn er Strafen droht, einen gewissen Zustand der Verschuldung als den regelmäßigen denken; er wird nur bei der Bestimmung des Minimums sich klar machen, bis zu welcher Gränze er wegen oft vorkommender mildernder Umstände dem Richter gestatten will,

Digitized by Google

will, die Strafe herabzusetzen; bei der Festsetzung des Minimums wird er erwägen, welche die schwersten Fälle seyn können, die bei dem Verbrechen vorkommen, und wird darnach die äußerste Gränze des Strafrechts bezeichnen. legt man als ordentliche Strafe das Medium zum Grunde, so kommt man bei der Strafausmessung zu Rechnungsexempeln, die zu einem ungerechten Resultate führen, indem man in moralischen Verhältnissen die Rücksichten zählt statt sie abzuwägen. Man prüft dann, welche Strafminderungsgründe vorhanden sind, z. B. Mangel an Unterricht, der die Einsicht in das Unrecht hinderte, oder Verführung durch Andere, oder unerwarteter Reiz; für jeden solchen Grund läßt man nur einige Monate die Strafe unter das Medium sinken, und durch jeden Grund, der nach den geschehenen Aussprüchen die Strafe erhöht, z. B. Ueberwindung besonderer Hindernisse oder Verübung der That mit Mehreren oder besondere Dreistigkeit u. A. läßt man die Strafe über das Medium steigen und zieht dann die Gründe auf einer Seite von denen der andern ab, um die Strafe zu finden. Wir werden sogleich nachweisen, daß eine solche Operation eine trügliche ist. Die wahre Bedeutung der relativ unbestimmten Strafgesetze ist die: daß der Gesetzgeber dem gewissenhaften Richter überlassen will, die der Größe der Verschuldung in jedem einzelnen Falle entsprechende Strafe auszusprechen, jedoch so, daß er, wenn nicht gewisse Milderungsgründe vorhanden sind, nicht unter das Minimum herabgehen, und wenn nicht bestimmte Schärfungsgründe da sind, die Strafe nicht über das Maximum hinaussetzen darf. Daraus erklärt es sich, warum man neuerlich [19]) die Ausdrücke: Strafminderungs- und Erhöhungsgrund, in sofern tadelte, als sie auf eine Abweichung von einem gesetzlich bestimmten

19) Treffurt in diesem Archive. Neue Folge 1838. S. 444.

Digitized by Google

Punkte zu deuten scheinen, und die Annahme begünstigen, daß der Gesetzgeber eine ordentliche Strafe habe festsetzen wollen.

Nach der zuvor entwickelten Bedeutung des relativ unbestimmten Strafgesetzes [20]) giebt es A) keine ordentliche gesetzliche Strafe, sondern jede, welche der Richter innerhalb des Maximum und Minimum erkennt, ist für den vorliegenden Fall die ordentliche Strafe, die von dem Richter als die der Verschuldung des Falles entsprechende befunden worden ist. B) Es muß bei der Strafbestimmung die ganze That, wie sie dem Richter vorliegt, nach allen Nebenumständen, die auf die Verschuldung wirken, beurtheilt werden. Nicht der einzelne im Gesetzbuche angegebene Strafminderungsgrund oder Erhöhungsgrund in abstracto darf bei der Strafausmessung als eine Größe, der gleichsam ein gewisses Quantum der Strafe correspondirt, in Anschlag kommen, sondern jene im Gesetzbuche genannten Gründe sind nur Andeutungen [21]), welche den Richter leiten sollen, bei deren Anwendung aber der Richter das durch die Individualität des Angeschuldigten und durch alle vorausgegangenen und begleitenden Nebenumstände des Falles bestimmte Gewicht dieses Grundes prüfen muß, um darnach die Gründe der Verschuldung zu bestimmen. Der Umstand, daß jemand seinen Verwandten durch ein Verbrechen verletzte, ist durch das Gesetz als Erhöhungsgrund bezeichnet, weil der

20) Unrein de arbitrio judicis ex codice Crimin. Saxonico concesso. Lips. 1838.

21) Mit Recht wurde bei den Berathungen über den würtembergischen Entwurf in der 2ten Kammer in der 20sten Sitzung (Protokolle S. 5. 6.) geltend gemacht, daß es nicht darauf ankomme, ob die Beweggründe für die Unterlassung der That zahlreicher waren, sondern darauf, je sichtbarer die Nichtachtung wichtiger dem Thäter bekannter Beweggründe war, die ihn zur Unterlassung hätten bestimmen können.

Digitized by Google

Thäter hier größere Pflichten verletzte; allein in concreto kann dieser Grund bedeutungslos für die Verschuldung seyn, z. B. wenn eben jener Verwandte von Jugend auf den Thäter peinigte und sich lieblos gegen ihn betrug. Die Ueberwindung größerer Hindernisse ist eben so als ein Erhöhungsgrund erklärt; wer z. B. um eine That verüben zu können, durch einen Fluß schwamm, sich über Bäume u. A. schwingen mußte, um in ein Zimmer zu gelangen, wird als ein dreister Verbrecher, der durch kein Hinderniß abgehalten wird, bezeichnet, und dennoch kann für einen Menschen, der überhaupt kühn und unternehmend, der von Jugend auf ein guter Schwimmer ist, und gut klettert, das bezeichnete Hinderniß völlig verschwinden, ohne daß man auf eine größere Verschuldung schließen darf. Die Veranlassung zu einer That kann einem kalten Richter sehr geringfügig und der Verbrecher daher strafwürdiger scheinen, und dennoch ist vielleicht im einzelnen Falle für das bestimmte Individuum die Veranlassung eine höchst dringende gewesen. Der Reiz zu einem Verbrechen, z. B. eine erlittene Beleidigung, kann an sich betrachtet sehr unbedeutend erscheinen, und ist dennoch für denjenigen, welcher die vorausgegangenen persönlichen Verhältnisse kennt, der weiß, welche Kränkungen und Neckereien schon seit Jahren von dem Gegner zugefügt wurden, eine schwere, die auch den Besonnensten endlich in Affect zu setzen im Stande war. C) Der Richter darf bei der Strafbestimmung nicht die einzelnen Minderungs- und Erhöhungsgründe zählen und nach den Ergebnissen arithmetischer Zählung die Strafe berechnen, sondern er muß alle Nebenumstände eines einzelnen Verbrechens ihrem Gewichte nach beurtheilen, um darnach die Größe der Verschuldung zu bestimmen. Es kann seyn, daß in einem einzelnen Falle ein Grund einen solchen Einfluß auf die Strafminderung hat, daß dagegen nor

Digitized by Google

so viele Erhöhungsgründe gar nicht oder nur unbedeutend in Betrachtung kommen. In einem Falle hatte eine Mutter, die von ihrem zweiten Ehegatten vielfach gepeinigt wurde und ihn zu tödten beschloß, ihren mit unendlicher Liebe der Mütter ergebenen Sohn durch jahrelange planmäßige Ueberredung dahin gebracht, daß er ihr bei der Ausführung des Verbrechens half. Wer zweifelt, daß diese Art Ueberredung und Verführung die Größe der Verschuldung bedeutend herabsetzt? Bei einem Duelle tödtet A, der auf das empfindlichste von B beleidigt wurde, den Gegner. A hatte dennoch Versöhnungsanträge gemacht, seine eignen Vorgesetzten erklärten, daß er sich schlagen müsse, und sie ihn sonst nicht in dem Collegium, dessen Mitglied er war, dulden würden; noch auf dem Kampfplatze schonte er den Gegner, der aber durch seine Heftigkeit den A nöthigt, auf seine Rettung zu denken und nun den B tödtet. Soll hier nicht die Strafe auf das Minimum herabsinken dürfen? C zündet sein eignes Haus an, um den Assecuranzpreis zu erhalten; Noth und Elend aller Art verfolgen ihn; selbst ein alter, sonst allgemein hochgeachteter Verwandter fordert ihn zu der That auf, und erklärt, daß sie kein Verbrechen sey; er wählt einen völlig windstillen Tag, damit das Feuer sich nicht auf andere Häuser verbreite; er sucht, als dennoch das Feuer sich ausbreitet, mit Gefahr seines Lebens in andern Häusern den Brand zu löschen: — sollte hier nicht der Richter ermächtigt seyn, das Minimum der Strafe auszusprechen? In anderen Fällen ist vielleicht nur ein Straferhöhungsgrund da, welcher aber die Verschuldung so vergrößert, daß selbst sonstige Minderungsgründe nicht in Betrachtung kommen. Wenn z. B. jemand, der von einem Mädchen verschmäht wurde, aus Rache mit dem Bewußtseyn der Falschheit seiner Beschuldigung, in dem Momente als das Frauenzimmer am Traualtar mit ihrem

Digitized by Google

Bräutigam steht, ausruft, daß die Braut bereits von einem Andern geschwängert worden sey, oder wenn jemand seinem Nebenbuhler vorsetzlich, um die Braut zu rauben, die Nase abschneidet, — wird in beiden Fällen die Verschuldung nicht auf einer sehr hohen Stufe der Strafbarkeit stehen, selbst wenn der Thäter übrigens vorher noch so guten Lebenswandel führte? [22]) D) Wenn das Gesetz zwei Strafarten neben einander droht, z. B. Arbeitshaus nicht unter 2 Jahren oder Zuchthaus bis 6 Jahren, so darf der Richter zu der höhern Strafart nur dann aufsteigen, wenn die Verschuldung in dem einzelnen Falle schon sehr groß ist, weil bei allen solchen Strafdrohungen stillschweigend die Clausel: in schwereren Fällen, angenommen wird, und der Gesetzgeber nur den Richter ermächtigen will, in solchen Fällen von der schwereren Strafe Gebrauch zu machen. E) Das gedrohte Maximum der Strafe sollte nur dann erkannt werden, wenn in einem Falle die Verschuldung auf der höchsten Stufe steht, so daß nach allen Umständen des Falles der Thäter einen völlig verdorbenen bösen Willen nach seinen Beweggründen zur That, nach seinem Benehmen bei derselben, nach der Art der Wirkung, die er absichtlich herbeiführte, durch sein Verbrechen an den Tag gelegt hat, so daß die Richter die höchste Strafe als der Verschuldung des Falles entsprechend erkennen. Von einer bestimmten Zahl von Erhöhungsgründen ist nicht die Rede; auch ist es richtig, daß immer noch mehr Combinationen gedacht werden können, durch welche die Verschuldung erhöht wird; die Hauptsache ist nur, ob der gewissenhafte Richter in dem

22) Mit Recht wurde auch in der Berathung über den würtemb. bergischen Entwurf (in der 20sten Sitzung S. 7.) die Unzuverlässigkeit der Zeugnisse über den bisherigen Lebenswandel hervorgehoben, und gefordert, daß eigentlich Thatsachen bewiesen seyn müßten, welche Verdorbenheit und Hang zu strafbaren Handlungen beurkunden.

Digitized by Google

vorliegenden Falle das Maximum für gerecht erkennt. Der Gesetzgeber will nur für den äußersten Fall den Richter ermächtigen, das Maximum anzuwenden, rechnet aber dabei auf die höchste Gewissenhaftigkeit der Richter, welche in Fällen, wo wahre Strafmilderungsgründe vorhanden sind, sich bewogen finden werden, auch diese auf Rechnung zu tragen und nicht zum Maximum zu schreiten.

III. Soll nach den bisher bezeichneten Rücksichten die Strafe auf gerechte Weise ausgemessen werden, so bedarf es des Daseyns gewisser Voraussetzungen, und zwar 1) vollständiger Materialien, welche die Richter in den Stand setzen, die Verschuldung gehörig zu würdigen. In dieser Beziehung zeigt sich der Mangel so vieler Untersuchungen, in welchen man sich mit oberflächlichen Erkundigungen über den bisherigen Lebenswandel des Angeschuldigten, über seine Beweggründe zur That, über die persönlichen Verhältnisse, über seinen Charakter, über sein Benehmen bei der That begnügt, und worauf die Richter ihr Urtheil hauen. Daraus erklärt es sich, wie grundlos und ungerecht häufig die Verschuldung abgewogen und die Strafe ausgemessen wird. Wir wiederholen es: nicht die in unseren Compendien [22]) und Gesetzbüchern aufgestellten Strafminderungs- und Erhöhungsgründe an sich in ihrer abstracten Erscheinung dürfen den Richter bestimmen, sondern nur so dürfen sie in Betrachtung kommen, wie sie im einzelnen Falle in das Gewicht fallen, um den Grad der Verschuldung des Thäters zu bestimmen. Hiezu aber gehört die genaueste Kenntniß des Charakters und der ganzen Individualität des Thäters, so wie aller seiner Lebensverhältnisse überhaupt und insbesondere der Ver-

23) Es ist bekannt, daß eigentlich Feuerbach es ist, der zuerst in seinen Schriften nach der Consequenz seiner Straftheorie darauf aufmerksam machte.

Digitized by Google

hältnisse, die sich auf das vorliegende Verbrechen beziehen; ohne diese Kenntniß kann die Stärke, welche die Beweggründe für die Unterlassung der That hatten, oder ob die Hindernisse als solche für ihn erschienen, eben so wenig gerechterweise gewürdigt werden, als die Stärke der Veranlassung oder des Reizes zu dem Verbrechen. Auf diese Umstände die Untersuchung auszudehnen und alle darauf bezüglichen Thatsachen herzustellen, ist Pflicht des gewissenhaften Inquirenten. 2) Die urtheilenden Richter müssen in den Stand gesetzt werden, den Angeschuldigten genau kennen zu lernen und sich ein treues Bild von dem Seelenzustande des Thäters zu verschaffen. Hiezu genügen die Acten, die in der geheimen schriftlichen Procedur gesammelt werden und dem Gerichte vorliegen, nicht leicht, während in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, die vor den urtheilenden Richtern vorgeht, jeder Richter im Stande ist, den Angeschuldigten zu beobachten, Fragen zu stellen, um jeden Zweifel zu beseitigen, und so die Materialien einer gerechten Beurtheilung zu erlangen. 3) Die Vertheidigung des Angeklagten vor der Urtheilsfällung muß auf jede Weise begünstigt werden, damit der Vertheidiger die für die geringere Verschuldung sprechenden Gründe entwickeln kann. Zu einer Zeit, in welcher noch viele absolut bestimmte Strafen gedroht oder doch Strafgesetze mit einem beschränkten Raum für das richterliche Ermessen erlassen waren (z. B. wenn 2- bis 4jähriges Arbeitshaus gedroht war), mochte die Urtheilsfällung noch leicht seyn. Jetzt aber, nachdem das Gesetz nicht selten dem Verbrechen eine Strafe droht, die von 6 Monaten bis zu 10 Jahren oder von 6 Jahren bis auf Lebenszeit geht, ist dem Gewissen des Richters weit mehr überlassen, und je mehr Gewalt in seine Hand gelegt wird, desto mehr bedarf es der Garantieen, daß er in den Stand gesetzt werde, die Gewalt weise zu gebrauchen. Je mehr diese Straf-

Digitized by Google

ausmessung und Anwendung von relativ unbestimmten Strafgesetzen, die dem richterlichen Ermessen einen weiten Raum geben, auf gerechte Weise geschieht, desto mehr wird das Mittel der Begnadigungsgesuche entbehrlich, durch welche das Ansehen der Justiz leidet und große Kosten verursacht werden, indem der Verurtheilte oft nach dem Urtheile erst nach Monaten, während er in dem Gefängnisse ausharren muß, auf dem Wege der Gnade die mildere Strafe erlangen kann, die der Richter schon Monate früher hätte aussprechen können, wenn nicht das Gesetz ihm die Hände gebunden hätte.

Digitized by Google

VIII.

Das Gesetz des Kantons St. Gallen vom 24. November 1838 in Bezug auf die Strafarten, mit Bemerkungen von Mittermaier.

Die Frage: welche Strafarten in einem Gesetzbuche zum Grunde gelegt werden sollen, ist eine so bedeutende, daß jeder legislative Versuch zur Lösung der Aufgabe der allgemeinen Aufmerksamkeit würdig ist. Leider bemerkt man bei der Vergleichung unserer neuen Gesetzbücher und Entwürfe, daß der Theil, welcher die Vorschriften über die Strafarten enthält, am meisten gerechten Einwendungen unterworfen ist. Ueberall bemerkt man ein gewisses principloses, willkürliches Experimentiren und den Einfluß der alten Strafrechtstheorie der Abschreckung, vorzüglich in Bezug auf die Einrichtung der Freiheitsstrafen. Die Sache ist um so wichtiger, als eben diese Strafen es sind, welche jetzt als die fast einzigen gedroht und angewendet werden. Man glaubt durch eine bunte Musterkarte von verschiedenen Freiheitsstrafen, die man dem Namen nach von einander trennt, Ketten-, Zuchthaus-, Arbeits- und Festungsstrafe, Gefängniß (mit seinen Unterarten) Alles erreicht zu haben. Besonders bedeutend wird die Frage über die zweckmäßigste Wahl der Strafarten, wenn ein Staat das

Digitized by Google

Besserungssystem zum Grunde zu legen sich entschließt. Zwar wird von unseren Gesetzesredactoren und in den Ständeversammlungen das Wort „Besserung" gar oft im Munde geführt; allein wer genauer mit dem Charakter und der Bedeutung dieses Systems sich vertraut gemacht hat, muß zugestehen, daß unsere Gesetzbücher nicht beweisen, daß diejenigen, welche dazu einwirkten, diesem Systeme huldigen. Die Häufigkeit der Drohung der lebenslänglichen Freiheitsstrafe, die Beibehaltung der entehrenden Strafen, die Billigung der körperlichen Züchtigung im Gesetzbuche stehen mit dem Besserungssysteme im directen Widerspruche. — Selbst die Stellung unter Polizeiaufsicht kann von dem Vertheidiger dieses Systems nicht in das Gesetzbuch aufgenommen werden. Sehr gut hat neuerlich auch Foucher *) gezeigt, daß, wenn man das Pönitentiarsystem zum Grunde legen will, das ganze Strafsystem eine Aenderung leiden muß. Der Kanton St. Gallen, in welchem ein neues Pönitentiarhaus erbaut worden ist, fühlte die Nothwendigkeit der Umgestaltung seines Strafgesetzbuchs. In jenem Kanton war schon 1807 ein vollständiges Strafgesetzbuch publicirt worden, welchem das österreichische Gesetzbuch und der von Kleinschrod für Baiern bearbeitete Entwurf vorschwebten. Im Jahr 1819 (am 25. Juni) erschien das revidirte Strafgesetzbuch, das aber ein Rückschritt genannt werden muß. Das Abschreckungsprincip dictirte die Strafen; die Todesstrafe ist darin selbst für den Rückfall, außerdem für Mord, Hochverrath, Aufruhr, Kindesabtreibung, Kindesaussetzung, schwere Körperverletzung, Nothzucht,

*) Sur la reforme des prisons. Paris 1838. p. 59. Hieher gehört auch die Schrift: A popular essay on subiects of penal law and on uninterrupted solitary confinement at labor — by Francis Lieber. Philadelphia 1838. Wir werden nächstens in dem Archive von dieser interessanten Schrift umständlicher sprechen.

Digitized by Google

Menschenraub, qualificirten Raub, Brandstiftung, Gaunereiverbrechen gedroht. Der Pranger, die Ausstellung an den Schandpfahl, der Staupbesen kommen häufig vor, und die Prügel sind oft gedrohte Strafen. Als nun die Errichtung der Pönitentiaranstalt beschlossen war, erkannte man den Widerspruch des neuen Systems mit dem geltenden Strafgesetzbuche. Die Bearbeitung eines völlig neuen Gesetzbuchs hatte Schwierigkeiten; dem durch die Härte des Gesetzbuchs begründeten Uebel mußte schnell abgeholfen werden, und so entschloß man sich vorläufig ein Gesetz zu erlassen, wodurch wenigstens in den bisherigen Strafarten Abänderungen sanctionirt wurden. — Auf diese Art entstand das Gesetz vom 24. Nov. 1838, das wir unsern Lesern ganz mittheilen. Nach diesem Gesetze ist die Todesstrafe nur mehr für den Fall des vollbrachten Mordes beibehalten; die Brandmarkung, der Pranger, die Schandsäule, der Staupenschlag sind aufgehoben. Als Freiheitsstrafen giebt es nach dem Gesetze nur mehr die Zuchthausstrafe (die in der Pönitentiaranstalt abzubüßen ist, und von drei Monaten bis zur Lebenszeit erkannt werden kann) und das correctionelle oder polizeiliche Gefängniß. Ueber die Art, wie die im bisherigen Gesetzbuche gedrohten, jetzt aber aufgehobenen Strafarten in andere jetzt noch zulässige zu verwandeln sind, giebt das Gesetz nähere Anweisung. Das Gesetz selbst lautet:

„Der Große Rath des Kantons St. Gallen, erwägend, daß mehrere in dem St. Gallischen Strafgesetz über Verbrechen aufgeführte Strafarten den Grundsätzen einer humanen, zweckmäßigen Strafgesetzgebung zuwider sind, und nur aus dem Grunde bis anhin beibehalten wurden, weil dieselben bei den Unvollkommenheiten der bisherigen Strafanstalten und dem Mangel an diesfallsiger Lokalität nicht abgeschafft werden konnten; in Betracht, daß nun aber nach Vollendung

Digitized by Google

neuen, den Grundsätzen des Pönitentiarsystems gemäß erbauten Strafanstalt, einige der bestehenden Strafarten theils gänzlich abgeschafft, theils in andere zweckmäßigere umgewandelt werden können; erwägend, daß veränderte gesetzliche Bestimmungen hinsichtlich der verschiedenen Strafarten sogleich bei Beziehung der neuen Strafanstalt unumgänglich nothwendig sind, die Erlassung derselben somit nicht bis zur allgemeinen Revision der Strafgesetze verschoben werden darf; in Betracht endlich, daß den, bei einem blos theilweisen Erlaß neuer strafgesetzlicher Bestimmungen unvermeidlichen Schwierigkeiten, am sichersten begegnet werden dürfte, wenn dem richterlichen Erachten in Ausmessung der festgesetzten Strafen der erforderliche Spielraum gelassen wird, verordnet das Gesetz:

Art. 1. Die verschiedenen Strafgattungen, mit denen Verbrechen belegt werden, sind folgende: I. Todesstrafe. II. Freiheitsstrafen. III. Leibesstrafe. IV. Ehrenstrafen. V. Geldstrafen. — Art. 2. Die Todesstrafe [1]) wird nur in dem, Art. 144, 145, 146 und 147. des Strafgesetzbuches über Verbrechen bezeichneten Fall des vollbrachten Mordes angewendet. Dieselbe wird durch das Schwert auf der Richtstätte öffentlich vollzogen und erleidet keine Verschärfung. — Art. 3. Die Arten der Freiheitsstrafen sind: 1) die Zuchthausstrafe, 2) die Verweisung aus dem Kanton. — Art. 4. Die Zuchthausstrafe besteht darin, daß: a) die zu dieser Strafe verurtheilten Verbrecher im Zuchthause verwahrt werden; b) daß dieselben eine besondere sie

1) Bei der Berathung des Gesetzes wurde der Antrag gemacht, die Todesstrafe ganz aufzuheben. Eine lebhafte Discussion erhob sich, es war nahe daran, daß die Aufhebung beschlossen worden wäre. Wir werden im nächsten Hefte in dem Aufsatze über Todesstrafen nähere Nachricht über die Berathung geben.

Digitized by Google

auszeichnende Kleidung tragen, und in Bezug auf Nahrung und Nachtlager auf das Nöthigste und Unentbehrlichste beschränkt sind; c) daß jeder Verurtheilte während der Schlafenszeit in einer besondern Zelle von den andern Sträflingen abgeschieden ist; d) sie werden zu verschiedenen Arbeiten, jedoch ausschließlich im Innern der Strafanstalt angehalten; e) während der Arbeits-, Essens-, Erholungs- und Ruhezeit ist ihnen unter einander unbedingtes Stillschweigen auferlegt; f) endlich sind die Verurtheilten den Bestimmungen der Reglemente unterworfen, welche der Kleine Rath für die Disciplin und die Ordnung im Innern der Strafanstalt festsetzen wird. — Art. 5. Die Dauer der Zuchthausstrafe ist von drei Monaten bis auf Lebenszeit. — Art. 6. Nach erstandener Strafe hat jeder Entlassene, in sofern er Kantonsbürger oder Niedergelassener ist, für die Dauer von wenigstens drei Monaten bis längstens drei Jahre sich einer Schutzaufsicht zu unterziehen. Vermöge dieser Aufsicht können je nach individuellen Verhältnissen ganz oder theilweise diejenigen Beschränkungen in Bezug auf Vermögensverwaltung oder die persönliche Freiheit des Entlassenen eintreten, denen ein Bevogteter unterworfen ist. Mit der nähern Anordnung dieser Schutzaufsicht ist der Kleine Rath beauftragt. Werden solche Entlassene in Gemeinden untergebracht, in welchen sie nicht verbürgert sind, so ist der betreffende Gemeinderath verpflichtet, denselben, in sofern sie Kantonsbürger sind, nicht nur Aufenthalt oder Niederlassung zu gestatten, sondern ihnen auch die erforderliche polizeiliche Aufsicht angedeihen zu lassen. — Art. 7. Die Verweisung aus dem Kanton kann nur bei Verbrechern, die nicht Kantonsangehörige sind, in Anwendung kommen. Die Dauer derselben soll auf Lebenslang oder auf bestimmte Zeit, nie aber

Digitized by Google

auf weniger als zwei Jahre festgesetzt werden [2]). — Art. 8. Von den bisherigen Leibesstrafen wird der Staupbesen abgeschafft. An dessen Stelle tritt die Prügelstrafe [3]). Dieselbe wird mit der Rinderzähe in geschlossenem Raume und unter Aufsicht der Polizei angewendet. Die Anzahl der Streiche von mindestens funfzehn bis höchstens sechzig ist jedesmal im Urtheile

---

2) Das Gesetz geht davon aus, daß nur Kantonsangehörige in die Pönitentiaranstalt kommen sollen; die finanzielle Rücksicht, weil sonst dem Kanton sehr große Kosten aufgebürdet worden wären, führte zu dieser Ansicht, für welche noch der Umstand entscheidet, daß nach der Art, wie noch in vielen Schweizerkantonen die Strafjustiz besteht, zu besorgen gewesen wäre, daß sich nach der Umwandlung der Schandstrafen in Freiheitsstrafen und nach der nicht abschreckenden Einrichtung der Pönitentiaranstalt die Zahl der Sträflinge, die nicht dem Kanton angehören, sehr vermehrt haben würde. Nach dem Entwurfe §. 14. 15. sollten die von Ausländern (also auch Schweizern, die nicht kantonsangehörig sind) verwirkte Zuchthausstrafe in körperliche Züchtigung und Verweisung aus dem Kanton umgewandelt werden. Bei der Berathung des Gesetzes fand dies Widerspruch, und man vereinigte sich dahin (§. 14 h), daß nur, wenn ein Nichtkantonsbürger weniger als 2 Jahre Zuchthaus verwirkt hat, die Strafe in Züchtigung und Kantonsverweisung umgewandelt werden soll.

3) Die Commission rechtfertigt die Prügelstrafe durch die Nothwendigkeit, und meint, daß nur Empfindelei und übelverstandene Humanität diese Strafart verdammen werde. Der Verbrecher habe sich durch seine rechtswidrige oder niederträchtige Handlung selbst zum Thiere herabgewürdigt. — Diese Ansicht können wir nie theilen; sie beruht auf einer petitio principii, da sich wohl nicht nachweisen läßt, daß jeder Verbrecher, der aus Leichtsinn, oft im Affect in einem eher an culpa gränzenden Zustande handelt, dem Thiere gleichzustellen ist. Die körperliche Züchtigung ist eine ungerechte Strafe, weil ihre Wirkung viel weiter geht, als der Gesetzgeber will, und weil sie so ungleich wirkt. Ist dies der Fall, so darf aber auch der Staat den Ausländer nicht mit einer ungerechten Strafe bestrafen. Will man ehrlich seyn, so müssen die Vertheidiger dieser Strafart gestehen, daß sie eigentlich dieselbe nur beibehalten, weil sie wohlfeiler als die Freiheitsstrafe ist. — Behandelt der Gesetzgeber eines Landes den Ausländer in Bezug auf Strafen anders als den Inländer, so muß er fürchten, daß dann der Staat, dem der Ausländer angehört, auch die Bürger des andern Staats gegen seine Bürger zurücksetzt und härter bestraft.

Digitized by Google

festzusetzen. — Art. 9. Die Brandmarkung, welche nach dem bestehenden Criminalgesetz als Strafverschärfung erscheint, ist gänzlich abgeschafft. — Art. 10. Als Ehrenstrafen sind gesetzlich aufgestellt: A. Der Verlust der bürgerlichen Ehrenfähigkeit. Diese Strafe besteht: a) in der Verwirkung des Stimm- und Wahlfähigkeits-Rechts; b) in der Entsetzung von Aemtern und öffentlichen Bedienstungen; c) in der Unfähigkeit zu Zeugnißablegung; d) in der Unwürdigkeit, für das Vaterland die Waffen zu tragen; e) im Verluste derjenigen Rechte und Befugnisse, welche nach bestehenden besonderen Gesetzen diejenigen nicht ausüben können, welche nicht in bürgerlichen Ehren stehen. B. Die Strafe der Amtsentsetzung. Art. 11. Der Verlust der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ist die Folge eines jeden Criminalurtheils mit Ausnahme derjenigen Fälle, für welche die Amtsentsetzung als selbständige Criminalstrafe ausgesprochen wird. Nach erstandener Strafe tritt der Verurtheilte wieder in alle seine ehevorigen Ehren ein, und ist ebenso auch wieder befugt, alle bürgerlichen Rechte auszuüben, mit Ausnahme des Stimm- und Wahlfähigkeits-Rechts und der Zeugnißablegung, nach litt. a. und c. im Art. 10., in deren Ausübung der Entlassene noch während zehn Jahren eingestellt ist, in sofern derselbe nicht vor Ablauf dieser Frist die Rehabilitation erlangt. — Art. 12. Mit der Amtsentsetzung, welche in gewissen vom Gesetz bestimmten Fällen als eine eigene Strafe angewendet werden kann, soll Unfähigkeit zu neuer Bekleidung von Stellen oder öffentlichen Bedienstungen für eine durch das Urtheil zu bestimmende Zeit von zwei bis zehn Jahren verbunden seyn. — Art. 13. Die Geldstrafe darf nicht weniger als 100 Fl. und nicht mehr als 3000 Fl. betragen. — Art. 14.

Digitized by Google

Im Allgemeinen gelten für die Umwandlung der verschiedenen Strafarten folgende Vorschriften: a) mit Ausnahme des in Art. 2. gegenwärtigen Gesetzes bezeichneten Kapitalverbrechens soll für alle übrigen Fälle, welche das Criminalgesetz mit Todesstrafe belegt, zwanzigjährige und in besonders schweren Fällen lebenslängliche Zuchthausstrafe eintreten. b) Wo das bestehende Criminalgesetzbuch ein Verbrechen mit Kettenstrafe bedroht, ist von den Gerichten Zuchthausstrafe von gleicher Dauer, da wo dasselbe Zuchthausstrafe vorschreibt, Zuchthausstrafe mit der Hälfte der im Criminalgesetz bestimmten Dauer zu erkennen, in sofern nämlich die Hälfte nicht unter das Minimum herabsinkt, in welch letzterem Falle jedesmal eine Zuchthausstrafe von dreimonatlicher Dauer auszusprechen ist. c) Wo das bestehende Criminalgesetz ein Verbrechen ausschließlich mit Pranger oder ausschließlich mit Schandsäule bedroht, da ist statt des Maximums der bisherigen Prangerstrafe vierjährige, und statt der ganzen Strafdauer der Schandsäule einjährige Zuchthausstrafe, und so abwärts in gleichem Maaß und Verhältniß zu erkennen. d) Da wo der Pranger nur als eine Neben- oder Zusatzstrafe von der Kettenstrafe angedroht scheint, soll an dessen Statt die Dauer der Zuchthausstrafe angemessen verlängert werden. e) Bei Umwandlung des Staupenschlages in Prügelstrafe sollen sechzig Streiche dieser letztern Strafe für den ganzen, dreißig für den halben und funfzehn für den Viertelsstaupenschlag angerechnet werden. f) An die Stelle der mit was immer für einer andern Strafe verbundenen Ausstäupung tritt die Prügelstrafe. Dagegen, wo bisher andere Strafarten, jedoch mit Ausschluß des Staupbesens, verbunden angewendet wurden, sollen dieselben durch Zuchthaus mit angemes-

Digitized by Google

messener Verlängerung dieser Grundstrafe ersetzt werden. In Bestimmung der Leibesstrafen soll jedoch immer auf die körperliche Beschaffenheit des Sträflings Bedacht genommen, auf keinen Fall Leben und Gesundheit in Gefahr gesetzt werden. Es soll daher auch bei Weibspersonen, bei Schwächlingen oder mit Gebrechen behafteten, bei jungen Leuten, die das 19te Altersjahr noch nicht zurückgelegt, und bei Greisen, die ihr siebzigstes Jahr erreicht haben, die Strafe der Prügel in Ruthenstrafe auf entblößtem Rücken, oder in Zuchthausstrafe bis auf 6 Monate, und bei Ausländern auch in Criminalverhaft, nach dem Ermessen des Richters, umgewandelt werden. g) In denjenigen Fällen, wo das bestehende Criminalgesetz den Rückfall [4]) in ein Verbrechen mit Todesstrafe bedroht, ist die Strafe, welche auf dieses Verbrechen gesetzt ist, zu verschärfen, auch kann sie je nach Beschaffenheit der Umstände bis auf das Doppelte erhöht werden. Würde indeß durch die Verdoppelung der höchste Grad einer Strafart überschritten, so kann zu einer höhern Strafart übergegangen werden, niemals jedoch zur Todesstrafe. h) Wenn ein Nichtkantonsbürger weniger als zwei Jahre Zuchthausstrafe verwirkt hat, ist jedesmal körperliche Züchtigung, verbunden mit Kantonsverweisung, anzuwenden. Die Prügelstrafe kann in dem Sinne mit Gefangenschaft verbunden werden, daß letztere bis auf 3 Monate auszudehnen und der Verurtheilte nicht nur beim Ein- und Austritt, sondern auch

4) In dieser Lehre war das Gesetzbuch von 1819 wahrhaft grausam; denn nach Art. 43 fg. sollte derjenige, welcher schon dreimal wegen Verbrechen bestraft und wieder ein Verbrechen verübt, mit dem Tode bestraft werden. Ueberhaupt waren die Rückfallsstrafen nach Art. 43. nur auf Abschreckung gebaut und ungerecht.

Digitized by Google

in der Zwischenzeit, nach dem Ermessen des Richters, mit Prügelstreichen zu züchtigen ist."

Es sey erlaubt, einige Bemerkungen diesem Gesetze beizufügen. Wir wollen nicht die Bedenklichkeiten wiederholen, welche gegen alle Specialgesetze in dem Criminalrechte geltend gemacht werden können. Es ist immer ein mißliches Experiment, welches der Gesetzgeber macht, wenn er aus dem Zusammenhange der Strafgesetzgebung einzelne Theile reißt und sich der Gefahr aussetzt, daß die Richter bei der Anwendung der neuen Vorschriften und ihrer Verbindung mit den alten Bestimmungen zu Entscheidungen kommen, die weder dem alten noch dem neuen Gesetz entsprechen. Dennoch verdient das eben mitgetheilte Gesetz Billigung, weil der Theil des Gesetzbuchs, der die Strafarten enthält, gleichsam präjudiciell für alle andere Theile ist, und schon ein großer Schritt geschieht, wenn nur Strafarten abgeschafft werden, welche der Gesetzgeber als ungerecht erkennt. Alles kommt nur darauf an, zugleich allgemeine Vorschriften zu geben, wie die im vorigen Gesetze gedrohten Strafarten in die neu eingeführten umgewandelt werden sollen. Das Gesetz ist reich an neuen sehr zweckmäßigen Bestimmungen, während man gegen manche derselben Einwendungen nicht unterdrücken kann.

I. Das Gesetz steht im engsten Zusammenhange mit dem Gesetze von St. Gallen vom 15. Novbr. 1838 über die Verwaltung der Strafanstalt. Es ist dadurch eine (auf 108 Sträflinge berechnete) Pönitentiaranstalt gegründet, bei welcher, wie das Gesetz sagt, gesorgt werden muß, daß der Zweck der Anstalt: Bestrafung und Besserung des Verbrechers, so vollständig als möglich erreicht werde. Aus dem §. 4. des Gesetzes über die Strafarten sieht man, daß der Gesetzgeber nicht dem System der absoluten Isolirung den Vorzug gegeben, sondern das Genfer System

Digitized by Google

adoptirt hat, so daß jeder Sträfling während der Schlafenszeit in einer besondern Zelle von andern Sträflingen abgeschieden ist, und am Tage während der gemeinschaftlichen Arbeit, wie in den Essens- und Ruhestunden zum unbedingten Stillschweigen angehalten wird. Diese Einrichtung (durch weiter zu erlassende Reglements wird für ihre zweckmäßige Ergänzung und Ausführung gesorgt) ist zu billigen. Das Gesetz spricht zugleich aus, daß in Zukunft nur zwei Arten von Strafanstalten bestehen sollen, nämlich die Zuchthausstrafe (die in der Pönitentiaranstalt abgebüßt wird), und die Gefangenschaft, die nach dem Entwurfe [1]) höchstens ein Jahr dauern soll. Unfehlbar ist diese Vereinfachung des Strafsystems weise, und unsere deutsche Musterkarte von Ketten-, Zuchthaus- und Arbeitshausstrafe verdient keine Billigung. Für alle Sträflinge soll eine gleichförmige Behandlung, die auf Erreichung des Besserungszwecks neben dem der Bestrafung berechnet wird, Statt finden. Alle sollten daher in der Pönitentiaranstalt ihre Strafe abbüßen; allein es würde große Nachtheile haben und eine natürliche Scheidewand zerstören, wenn man die zu einigen Tagen Freiheitsstrafe wegen einfacher Diebstähle, wegen Injurien, oder leichter Mißhandlungen Verurtheilten der nämlichen Behandlung wie die wegen schwerer Verbrechen Verurtheilten unterwerfen und in einem Hause zusammenbringen wollte. Das Besserungssystem [2]) muß, wenn es wirksam seyn soll, auf eine fortgesetzte Einwirkung auf das Gemüth des Sträflings durch Gewöhnung desselben zur Ordnung und

1) Der Theil des Entwurfs, welcher die Correctionalstrafen und ihre Anwendung reguliren sollte, wurde von dem großen Rathe nicht angenommen.

2) Die Commission zeigt in ihrem Berichte S. 10., daß sie nicht von einer sentimentalen unpraktischen Ansicht geleitet wird.

Digitized by Google

Arbeitsamkeit, durch Ausrottung seines Hangs zu neuen Verbrechen, durch eine moralische und religiöse Belehrung berechnet seyn. Nur mittelst einer, längere Zeit hindurch fortgesetzten Thätigkeit und Beobachtung des Sträflings kann man hoffen, eine Umgestaltung und eine Angewöhnung zum sittlichen Leben bei ihm zu bewirken; daher können der Pönitentiaranstalt nur Sträflinge unterworfen werden, die auf längere Zeit verurtheilt sind. Nach den Erfahrungen der Directoren der Strafanstalten bedarf es wenigstens eines Jahres — nach Andern wenigstens zwei Jahre, — um auf eine Wirkung der Pönitentiaranstalt rechnen zu können; daher hat zwar das vorliegende Gesetz weise nur zwei Arten der Freiheitsstrafe anerkannt; der Fehler liegt aber darin, daß die Zuchthausstrafe bis 3 Monate herabgehen darf. Durch diese Vorschrift werden die heterogensten Uebertretungen zusammengeworfen; nach den für die Strafumwandlung in diesem Gesetze gegebenen Vorschriften wird es oft vorkommen, daß Jemand wegen Körperverletzung, selbst wegen Duells (Art. 107. des Gesetzbuches), auf 3 Monate in das Zuchthaus verurtheilt werden muß. Dies ist unpassend; nie aber wird man hoffen dürfen, daß in dem Zeitraum von 3 oder 6 Monaten die Einwirkung des Directors der Anstalt ihre Kraft auf das Gemüth des Sträflings bewähren werde. Für solche, die nur auf kürzere Zeit verurtheilt werden, kann die Freiheitsstrafe nur so eingerichtet werden, daß sie hinreichend abschreckend wirkt und der Gefahr weiterer moralischer Ansteckung vorbeugt. Nach unsrer Meinung hätte man daher die Zuchthausstrafe nie auf kürzere Zeit als auf ein Jahr erkennen und bei den auf kürzere Zeit Verurtheilten die Gefängnißstrafe eintreten lassen sollen.

II. Eine zweckmäßige Vorschrift ist die in §. 6. angeordnete Schutzaufsicht über den Entlassenen. Zwar bestehen in manchen deutschen Staaten Vereine der Privat-

Digitized by Google

personen, die die Sorge für entlassene Sträflinge zum Zwecke haben; allein die Erfahrung lehrt, daß leider zu wenig Menschen Gemeinsinn genug haben, kräftig dem Zwecke gemäß zu wirken; es bedarf einer Anordnung durch den Staat selbst. Der Entlassene muß einen Rathgeber finden, der für sein Unterkommen sorgt, der bei andern Personen sich verbürgt, Arbeit verschafft, und Aufsicht hält. Die sogenannte Stellung unter Polizeiaufsicht, wie das französische Recht sie kennt, ist ein schlechtes Institut, das mit dem Besserungszwecke im Widerspruche steht. Entweder muß man die neue belgische [3]) oder die im gegenwärtigen Gesetze von St. Gallen vorgeschriebene Einrichtung treffen. Nicht die häufig abstoßende und drückende Aufsicht des Polizeibeamten, zu dem der Entlassene kein Vertrauen haben kann, sondern die wohlgemeinte, hülfreich sorgende, wohlwollend, aber auch wenn es Noth thut, kräftig einschreitende Aufsicht von Seiten eines Privatmannes, der den Verlassenen anhört und ihm rathend zur Seite steht, setzt das in der Strafanstalt angefangene Besserungswerk fort und nützt dem Entlassenen, während sie die bürgerliche Gesellschaft sichert.

III. Die im Art. 11. enthaltene Vorschrift, daß nach erstandener Strafzeit der Verurtheilte in seine vorigen bürgerlichen Ehrenrechte eingesetzt werde, mit Ausnahme des Stimm- und Wahlfähigkeitsrechts und der Zeugnißablegung, in deren Ausübung der Entlassene 10 Jahre angestellt bleibt, wenn er nicht früher rehabilitirt wird, ist eine Forderung der Gerechtigkeit und eine Folgerung des Pönitentiarsystems. Zu einer Zeit, in welcher noch

3) Gesetz vom 31. Decbr. 1836 (in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung X. S. 344.) verbunden mit der Verordnung vom 4. Decbr. 1835 und der Ministerial-Instruction vom 25. Jan. 1836 (auch abgedruckt in Julius Nordamerika's sittliche Zustände 2ter Bd. S. 487.).

Digitized by Google

die Strafanstalten moralische Pestanstalten waren, in welchen der Rest des Schamgefühls des Sträflings durch die verdorbene Gesellschaft zerstört wurde, wo daher der Staat Grund hatte, den, welcher aus der Anstalt trat, als einen Ungebesserten zu präsumiren, mochte vielleicht die Ehrlosigkeit des Verurtheilten noch zu rechtfertigen seyn. Wenn aber ein Gesetzgeber — wie der von St. Gallen es thut — seine Strafanstalt zur Besserungsanstalt erhebt, wenn er alle Mittel anwendet, um den Sträfling zu bessern und Gesinnungen einzuflößen, die ihm von Verbrechen abhalten sollen, muß er zur Ehre seiner Anstalt auch präsumiren, daß der Entlassene gebessert sey. Hier noch dem, der die Strafe erlitten hat, das Brandmal der Schande aufzudrücken, ihn ausstoßen aus der Gesellschaft rechtlicher Bürger, heißt das in der Anstalt begonnene Besserungswerk vernichten, jeden moralischen Muth des Sträflings niederschlagen, dem Entlassenen die Mittel des Fortkommens rauben, und die Vorurtheile des Volks begünstigen. Wir wollen darüber nicht streiten, ob nicht das öffentliche Interesse gebieten mag, dem Entlassenen nicht sogleich alle politischen Stimm- und Wahlrechte wieder zu geben; nur scheint der Zeitraum von 10 Jahren als der regelmäßige, in denen der Entlassene diese Rechte entbehren soll, doch zu lang zu seyn (man denke nur, daß auch geringe Vergehen nach dem neuen Gesetze mit Zuchthausstrafe bestraft sind), und nicht billigen kann man, daß auch die Zeugnißablegung einem jeden Entlassenen 10 Jahre lang entzogen wird. Dies ist unzweckmäßig, weil dadurch die übrigen Bürger, welche in ihren Geschäften oft den ehemaligen Sträfling vertrauensvoll als Zeugen beiziehen, Nachtheil leiden wenn es zum Prozesse kommt; es ist ungerecht, weil die Vermuthung, daß jeder, der ein Vergehen verübt, auch ein unmoralischer und irreligiöser Mensch sey, der keinen Eid heilig achtet, grundlos ist.

Digitized by Google

IV. Da das Gesetzbuch von 1819 noch sehr harte Strafe droht, die das jetzige Gesetz aufhebt, und im Allgemeinen die auf dem Abschreckungsprincip beruhenden langen Freiheitsstrafen des Gesetzes von 1819 dem Geiste des neuen Gesetzes widerstreiten, so mußten im Art. 14. Vorschriften über die Strafumwandlung gegeben werden; allein hier ist das Gesetz auf halbem Wege stehen geblieben; wo bisher Todesstrafe gedroht war, soll 20jähriges oder lebenslängliches Zuchthaus eintreten. Erwägt man nun, daß nach Art. 92. des Gesetzbuchs die Aufrührer, nach §. 155. die Fruchtabtreibung wider Willen der Schwangeren, wenn der Tod der letzteren erfolgt, nach §. 163. selbst die schwere Körperverletzung mit dem Tode bestraft werden sollen, und berücksichtigt man die Fälle höchst verschiedenartiger Verschuldung, die bei den erwähnten Verbrechen vorkommen können, so ist das vorgeschriebene Minimum der Strafe (20 Jahre) zu hart. Statt Kettenstrafe soll Zuchthausstrafe von gleicher Dauer künftig nach §. 14 a. eintreten; auch hier ist nicht hinreichend geholfen, da das bisherige Gesetz sehr hart war, z. B. nach Art. 153. die Abtreibung der Leibesfrucht wider Willen der Schwangeren, wenn auch gar kein Nachtheil erfolgte, mit 10jähriger Kettenstrafe bedroht ist. Eine ähnliche Härte wird bei dem Raube und der Brandstiftung bemerkbar werden. — Wir betrachten, ohne länger tadelnd verweilen zu wollen und gern das Gute anerkennend, das bisher geschilderte neue Gesetzbuch nur als Vorläufer eines neuen dem Geiste des Pönitentiarsystems in allen seinen Theilen entsprechenden Gesetzbuchs, und wünschen nur, daß es nicht lange auf sich warten lasse.

Digitized by Google

IX.

Erläuterung wichtiger Rechtsfragen durch merkwürdige Criminalfälle.

Von

Herrn Dr. Ludwig von Jagemann,

großherzogl. badischem Amtmanne zu Heidelberg.

Vorwort.

Die Praktiker können der Theorie auf keine Art nützlicher werden, als wenn sie aus ihrem Erfahrungsschatze das Interessanteste von Zeit zu Zeit mittheilen. Im Civilrechte, wo jede Lehre bis auf das kleinste Detail ausgebildet ist, ja man könnte sagen, wo es eher an klaren Grundprincipien gebricht, als an tausendfältigen Regeln der Anwendung und Entscheidung, wo man in einem Meere von Controversen stets unterzugehen bedroht ist, wenn man nicht ein gesundes Judicium, einen natürlichen Takt mit auf die Welt gebracht hat, mag das Feld der Theorie größer und wichtiger seyn, als das der Praxis, indem es vorallererst auf richtige Auslegung und Zusammenfassung der unzähligen Gesetze ankommt: im Criminalrechte aber, und hauptsächlich im Strafprozesse, muß der Stimme der Praxis eine wesentliche Bedeutung eingeräumt werden, weil das gemeine Recht auf sehr nothdürftigen Stützpfeilern ruht*), ja längst schon in Nichts zerfallen seyn würde,

*) L. 32. D. de Legibus (1, 3.) „de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod *moribus* et *consuetudine* inductum est; et si qua in re hoc deficeret, tunc quod *proximum* et *consequens* ei est."

Digitized by Google

wenn ihm nicht die bessernde und heilende Hand der ausübenden Richter zu Hülfe gekommen wäre *), wenn sich nicht Präjudicien und Observanzen neben dem starren Buchstaben **) ausgebildet hätten, wenn nicht die neue Zeit die ehrbaren Ueberreste der vorigen Jahrhunderte ergänzt und berichtigt hätte. Die Ergebnisse der Praxis werden hier also hauptsächlich als Material zu einer neuen Gesetzgebung dienen können.

Der Verfasser wird sich erlauben, einige Beobachtungen, die er in der Verhörstube machte, in diesen Blättern niederzulegen, und dabei weniger Rücksicht auf die objective Bedeutsamkeit der Fälle nehmen, als auf ihr zufälliges inneres Interesse. Es wird die Bemerkung dabei hinzugefügt werden dürfen, daß die von Praktikern bisher befolgte Methode, wonach sie blos die gräßlichsten und das größte Aufsehen erregenden Fälle öffentlich erzählen, nicht unbedingte Billigung verdienen, indem das Merkwürdige einer Criminalsache nur etwa in den Augen des großen Publicums darin besteht, daß ein sehr erhebliches Gut angegriffen oder vernichtet wurde, in den Augen wissenschaftlicher Männer aber nur die psychologischen, prozessualischen und judiciellen Momente den Werth eines solchen Factums bestimmen. Aus der Verkennung dieses Standpunktes ist es zu erklären, warum unter den schriftstellerisch bearbeiteten Criminalfällen immer die Verbrechen des Mordes,

*) L. 23. 28. D. t. c. Abegg, Lehrb. der Strafrechtsw. §. 18. v. Grolman, Grundsl. der Criminalrechtsw. §. 12. Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 17.

**) Es wäre ein dankenswerthes Unternehmen, wenn ein Praktiker eine Ausgabe der P. G. O. besorgen wollte, woraus zu ersehen wäre, in wie weit dieses Gesetz noch gültig, modificirt oder gänzlich aufgehoben ist: denn unsere Lehrbücher des Criminalrechts nehmen meistens zu wenig Rücksicht auf die für Praktiker nothwendige Ausscheidung des Anwendbaren und Nichtanwendbaren.

Digitized by Google

der Vergiftung, des Raubes und der Brandstiftung die große Mehrzahl bilden *).

I. Schwere Verwundung.

Alibi-Beweis. Collision der Zeugenaussagen.

Für einen Richter, der nicht blos die Anrechte der Wahrheit, sondern auch der Moral zu vertreten sich berufen und verpflichtet glaubt, kann nichts unangenehmer seyn, als das Ergebniß, daß mehrere Zeugenaussagen in ungelöstem Widerspruch einander gegenüber stehen [1]), und es giebt in der That Fälle, wo es der angestrengtesten Aufmerksamkeit nicht mehr möglich ist, diesem Mißstande vorzubeugen oder auch nur auf eine sichere Spur zu kommen, welchem der opponirenden Theile das größere Zutrauen beizumessen sey.

Am 27. December 1837 traf bei dem Oberamte Heidelberg die Meldung ein, daß um die Mittagszeit der 57jährige verwittwete Bürger, Jacob Baier in Handschuchsheim, im Gesichte verwundet worden sey. Die Gerichtsärzte wurden zunächst requirirt, und stellten an demselben Tage noch ein Gutachten aus, daß von den sechs vorgefundenen Verletzungen die Eine, wodurch die Nase Baier's im Hauptknochen zerbrochen ging, bedenkenerregend sey, indem dadurch zugleich das Pflugscharbein und das, mit dem Gehirn in nächster Berührung stehende, Siebbein [2]) gelitten haben könne.

*) Selbst Feuerbach und Pfister sind nicht frei von dieser Einseitigkeit.

1) *Singularitas testium obstativa.* Vgl. Mittermaier, das deutsche Strafverf. Bd. II. §. 166.

2) Das Siebbein ist bekanntlich so dünn und porös, daß die leiseste Berührung desselben eine Hirnverletzung zur Folge haben kann. Ueberhaupt sind die Kopfwunden, welche die natürlichen Oeffnungen des Schädels durchdringen, am gefährlichsten. Henke, Lehrb. der gerichtl. Medicin §. 362.

Digitized by Google

Der Vulnerat erklärte, als ihn der Verhörrichter am andern Tage aufsuchte, mit aller Bestimmtheit, daß am 27sten Mittags zwischen 12 und 1 Uhr sein Schwager Friedrich Frauenfeld und dessen Nachbar Hermann Wink, plötzlich in die Wohnstube hereinstürmend, ihn überfallen und nicht nur mit Fäusten geschlagen, sondern auch, als er endlich zu Boden fiel, mit Füßen getreten hätten; sofort sey er mit blutendem Gesichte zum Bürgermeister geeilt, und, nach Hause zurückgekehrt, habe er abermals dulden müssen, daß der, ihm weit überlegene, Hermann Wink zu ihm kam, und ihn mit Fäusten schlug, wobei er sich folgender Ausdrücke bedient habe:

„wie Du noch Etwas sagst, so schneiden wir Dir den Hals ab; wir haben es uns vorgenommen."

Zu diesem letzten Auftritte war gerade der Chirurg Peter Bauer gekommen, um, nach Auftrag des Bürgermeisters, das dringendste beim Verwundeten zu besorgen. Bauer wurde sogleich vorgerufen, und bestätigte, daß er den Wink in Baier's Stube und im Handgemenge mit demselben angetroffen habe. Auch die beiden, abgesondert verhörten, Söhne des Verwundeten, wovon der Eine 12 und der Andere 10 Jahre alt war [3]), stimmten mit ihrem Vater darin überein, daß Frauenfeld und Wink um die Mittagszeit plötzlich eingetreten seyen, ihren Vater zu Boden gerissen und ihn nicht nur geschlagen, sondern auch getreten hätten.

Der Verfasser sah sich unter solchen Umständen veranlaßt, sogleich zur Verhaftung der beiden Inculpaten zu schreiten, worauf Wink sogleich eingebracht, von Frauen-

3) Diese Kinder machten auf den Inquirenten ganz den Eindruck der Wahrhaftigkeit, indem sie mit Ueberlegung sprachen, und nicht, als wollten sie etwas Memorirtes hersagen. S. mein Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde §. 503. 504.

Digitized by Google

feld aber gemeldet wurde, daß er nach Angabe seiner Familie im Gemeindewalde beschäftigt sey.

Hermann Wink gab im ersten summarischen Verhör zwar zu, daß er am gestrigen Nachmittage um 3 Uhr in Baier's Haus gegangen sey, um ihn über Verläumdungen, die ihm zu Ohren gekommen wären, zur Rede zu stellen, worüber jedoch Baier sogleich heftig geworden sey und ihn angepackt habe, in welcher Lage sie der Chirurg Bauer betroffen hätte; damals habe Baier schon im Gesichte geblutet [4]), aber er, Wink, wisse nicht aus welcher Ursache.

Als der Inquirent in den Amtssitz zurückgekehrt war, beauftragte er die Gensd'armerie, den zweiten Inculpaten sogleich aufzusuchen und in Verwahrungsarrest zu bringen. Frauenfeld ward demnach an dem nämlichen Abend arretirt, und am andern Morgen ins Verhör vorgeführt, woselbst er auf Vorhalt der Anschuldigung mit ziemlicher Unbefangenheit behauptete, er sey am 27. December Mittags um 1 Uhr in dem Gemeindewalde gewesen und erst Abends gegen 6 Uhr heimgekehrt, Baier habe einen Haß gegen ihn, weil er in einer Ehrenkränkungssache Zeugniß gegen ihn abgelegt habe [5]).

Die drei Zeugen, auf welche er sich zum Alibibeweise berief, wurden ohne Verzug abgehört; nur Einer bestätigte aber, daß Frauenfeld an jenem Tage „um die Mittagszeit" im Walde gewesen sey und eine Baumsäge von ihm geliehen habe; die beiden Andern erinnerten sich allerdings, den Frauenfeld Mittags im Walde gesehen zu haben, aber nicht am 27., sondern am Donnerstag den

4) Wie könnte wohl ein anderer, als ein höchst feindseliger, Mensch mit einem 57jährigen Manne, dessen Nasenbein frisch gebrochen ist, eine Rauferei anfangen?

5) Diesen Umstand konnte Inculpat nicht durch Angabe des Betreffs verificiren.

Digitized by Google

28. December. Es wurde diesen Zeugen mit allem Nachdrucke erklärt, wie sie demnächst angehalten würden, ihre Angaben zu beschwören; dennoch beharrten sie aber darauf. Nun ereignete es sich, daß schon am andern Tage zwei von diesen Zeugen freiwillig wieder zu Amt kamen und darum anstanden, daß in den Acten nicht der 28ste, sondern der 27ste December als der Tag ihres Zusammenseyns mit Frauenfeld bemerkt werde. Der Eine von diesen war derjenige, welcher schon beim ersten Verhör vom 27sten gesprochen hatte, nur mit minderer Sicherheit als jetzt, und der Andere war ein Bruder desselben, der zuerst vom 28sten gesprochen hatte [6]). Es ist übrigens zu bemerken, daß keiner von diesen Zeugen mit Frauenfeld verwandt ist.

Nun wurde zunächst der Vulnerat Jakob Baier beeidigt, und dabei insbesondere auf die Differenz aufmerksam gemacht, welche sich zwischen ihm und den von Frauenfeld producirten Zeugen ergeben hatte. Er blieb aber gleichwohl mit aller möglichen Festigkeit dabei stehen, daß nicht nur Wink, sondern auch Frauenfeld die Mißhandlung verübt habe. Nur darin modificirte er seine Aussage, daß er die Zeit des Ueberfalls ungefähr auf die Mittagsstunde bestimmte, ohne sagen zu können, daß es gerade 11 oder 12 Uhr geschlagen gehabt habe.

Der Inquirent hatte nun das Seinige gethan, um einem etwaigen Meineide vorzubauen. Baier schien ihm keineswegs der Mann zu seyn, welcher zu einem solchen Verbrechen im Stande wäre: denn wenn er auch gegen die beiden angegebenen Inculpaten einen Groll im Herzen

6) Klar ist, daß diese Zeugen durch nachgefolgte Unterredung sich in Harmonie zu setzen suchten. Die Abänderung des Datums ist deshalb Verdacht erregend, weil doch der Tag des Verbrechens ortskundig war und gerade auf die Weihnachtsfeiertage fiel, mithin ein Irren darin kaum möglich war.

Digitized by Google

zu tragen schien, so ist doch entschiedene Bosheit und Intrigue schon deshalb fern von ihm, weil ihm alle Energie des Geistes abgeht und er schon seit Jahren dem Trunke stark nachgeht, wodurch ihm der Sinn für das Treiben der Welt fast ganz verloren ging. Diese Schilderung ist nicht blos aus eigenen Wahrnehmungen des Inquirenten, sondern hauptsächlich auch aus dem gemeinderäthlichen Leumundsberichte [7]) geschöpft, in welchem zu gleicher Zeit dem Hermann Wink und Friedr. Frauenfeld das Zeugniß gegeben wurde, daß sie sich bisher noch nie irgend einer Gewaltthätigkeit erlaubt hätten; ja im Gegentheil des Rufes der Solidität und Friedfertigkeit sich zu erfreuen hätten.

Der Tag, wann die Verwundung geschah, konnte niemals zweifelhaft seyn, indem nicht nur der Ortsbürgermeister, sondern auch die hinzugeeilten Gerichtsärzte am 27. Dec. das frische Blut im Gesichte des Jacob Baier gesehen hatten. Dagegen war es durch zwei Zeugen unwahrscheinlich gemacht, daß Frauenfeld an diesem Verbrechen Theil genommen habe, und wohl zu merken ist, daß Wink, nach Baier's eigener Angabe, nicht sowohl aus eigenem Antriebe, als nur auf das Verlangen Frauenfeld's [8]), zu der That mitgeholfen haben konnte. Auf der andern Seite lag eher gegen Frauenfeld, als gegen Wink, der Verdacht der Collusion mit den Zeugen vor, indem er zur Zeit, als die Untersuchungscommission im Orte ein-

7) Bei Verwundungen und Tödtungen pflegt der Verf. immer eben sowohl für die Beschädigten, als für die Inculpaten Leumundszeugnisse zu erheben, weil es Letzteren sehr zum Vortheil gereichen kann, wenn Erstere als boshafte oder streitsüchtige Menschen bezeichnet wurden. Mittermaier, Lehre vom Beweise §. 56.

8) Derselbe war nämlich über Vermögensfragen mit Baier schon in mancherlei Dissens gerathen und mochte auch Grund dazu haben, weil letzterer ein leichtsinniger Haushalter seyn soll.

Digitized by Google

traf, nicht aufgefunden worden, und daher, nachdem Wink arretirt wart, die wenigen Stunden, die ihm bis zur eigenen Verhaftung übrig blieben, dazu benutzen konnte, Leute anzuwerben, die ihm Beistand leisteten.

Dennoch war das Nächste, was geschehen mußte, die Beeidigung der Frauenfeld'schen Zeugen, welche das unerwartete Ergebniß lieferten, daß nicht nur die beiden Männer, welche am Tage nach der ersten Abhör ihre Tagesbestimmung abgeändert und beziehungsweise berichtigt hatten, sondern auch der Dritte, den Tag, wo sie alle mit Frauenfeld gemeinschaftlich im Walde gearbeitet hätten, auf Mittwoch den 27. Decbr. fixirten, und alle Ermahnungen, es in dieser Beziehung recht genau zu nehmen, da Baier an demselben Tage zwischen 11 und 12 Uhr von Frauenfeld in seinem Hause überfallen worden zu seyn versichere, blieben erfolglos, vielmehr beriefen sich diese Männer noch auf drei weitere Zeugen, welche das Gleiche, wie sie, müßten angeben können. Auch die Letzteren wurden eidlich vernommen; aber keiner konnte bestätigen, daß Frauenfeld von Morgens bis Mittags [9]) im Walde gewesen sey, sondern sie bekamen ihn dort blos zwischen der Mittags- und Abendszeit zu sehen.

Unter diesen Umständen verlor die Angabe der drei ersten Zeugen eher an ihrer Glaubwürdigkeit, als sie gewinnen sollte: denn es lag nunmehr die Vermuthung sehr nahe, daß Frauenfeld gleich nach der That in den Wald geeilt sey, wo er starken Schrittes in einer halben Stunde ankommen konnte, und dies zwar nur in der Absicht, sein Anderwärtsseyn nöthigenfalls durch die Taglöhner, welche

9) Uebrigens konnte auch von den drei vorbenannten Zeugen keiner auf die Frage, ob sie von Morgens bis Abends unausgesetzt an der Seite des Inculpaten gewesen und daher überzeugt seyen, daß er keine Stunde aus dem Walde gekommen, eine bestimmt bejahende Antwort geben. S. mein Handbuch §. 517. 518.

Digitized by Google

er dort zu treffen sicher war, begründen zu können. Es war sogar denkbar, daß er auch Morgens im Walde gewesen, gegen Mittag aber nach Hause gegangen war, wo er zu Mittag gegessen und den Jakob Baier abgeprügelt haben konnte, ohne sich länger als eine Viertelstunde aufzuhalten.

Es wurden übrigens dem Frauenfeld die Aussagen der Entlastungszeugen gehörig eröffnet, und er wiederholte darauf, daß er unschuldig angeklagt sey. Da von seiner Seite keine weiteren Collusionen zu besorgen waren, so wurde er nun aus dem Untersuchungsverhafte entlassen [10]). Bemerkenswerth ist, daß dieser Inculpat, trotz seiner Unschuldsbetheuerung, nicht ein einzigesmal sich über die Einsperrung beklagte, wiewohl dieselbe 14 Tage andauerte. Es ist dem Verfasser noch nie vorgekommen, daß ein Angeklagter, dessen Unschuld sich im Verlaufe der Untersuchung unzweideutig herausstellte, nicht wenigstens sein Bedauern über den grundlos auf ihn geworfenen Schimpf und die empfindliche Unterbrechung seiner Berufsgeschäfte ausgesprochen hätte, wenn er nicht gar in ungestüme Vorwürfe und bittere Beschwerden bei dem Obergerichte ausbrach. Aus dem Benehmen eines Inculpaten im

10) Wenn man den Collusionsverhaft nur mit Rücksicht auf Complicität gelten lassen will, so würde diese anscheinend milde Theorie im vorliegenden Falle zu einem strengern Verfahren führen, als der vom Verfasser angenommene Grundsatz, daß überhaupt jede Collusion, wo sie wahrscheinlich ist, durch Einsperrung zu verhüten sey: denn es müßte unter jener Voraussetzung die Haft fortdauern, bis beide Complicen entlassen werden könnten, während der Verfasser hier mehr auf Trennung von den Zeugen, als von den Mitschuldigen, Bedacht nahm. Denn das Vertheidigungssystem der letzteren hatte gar keine gemeinschaftliche Momente, außer dem Entschlusse, Nichts zu gestehen; eine Unterredung mit den Zeugen aber, so lange sie nicht beeidigt waren, hätte sicher die Wahrheit noch mehr verdunkelt. Vgl. Stübel, Criminalverf. §. 1929. und Bauer, Lehrb. des Strafprozesses §. 75. Hefftter, Lehrb. des Criminalrechts §. 654.

Digitized by Google

im Augenblicke der Verhaftnahme und der Wiederentlassung kann man daher einigermaßen auf den Zustand seines Gewissens schließen.

In dem an demselben Tage noch mit Herm. Wink abgehaltenen Verhöre gerieth dieser ebenfalls auf den Gedanken, sich durch einen Alibibeweis zu helfen, und berief sich deshalb auf zwei Zeugen; nämlich den Ortspolizeidiener und einen Metzger, der ihm beim Schlachten im Hause geholfen habe. Nachdem Beide vorgerufen und beeidigt waren, erklärte der Erste, daß ihm von der ganzen Sache Nichts bekannt sey, der Letztere aber, daß er erst um 12½ Uhr Mittags bei Wink sich eingefunden, und dann nicht mehr bemerkt habe, ob derselbe etwa auf kurze Zeit ausgegangen sey [11]).

Nun war es Zeit, zur förmlichen Confrontation zu schreiten, welche zuerst zwischen Baier und den beiden Inculpaten, und dann zwischen Baier's Söhnen und den letzteren vorgenommen wurde, ohne jedoch die Entdeckung der Wahrheit irgend weiter zu fördern. Nach diesem Akte berief sich Baier auf zwei Zeugen, welche die Behauptung der beiden Mißhandler, anderswo gewesen zu seyn, entkräften könnten. Eidlich abgehört gab der Eine davon an, daß er den Frauenfeld an jenem Morgen erst nach elf Uhr mit einem der erwähnten Alibizeugen in den Wald hinaus habe gehen sehen, und der Andere, daß er den Wink bald nach elf Uhr aus der Gegend von Baier's Haus habe heim gehen sehen. Dieser Incidentpunkt erschien um so erheblicher, als das Vorbringen des Frauenfeld, wie gesagt, immer den Anschein einer Ausflucht behielt, auch die Männer, welche ihn im Walde gesehen hatten, bei der fortgesetzten Arbeit und dem Ent-

11) Schon das verspätete Anbringen dieses Exculpationsgrundes lehrt, daß derselbe nur als ein Nothanker in der Verlegenheit ergriffen wurde.

Digitized by Google

fernt seyn von allen Schlaguhren nicht so genau, als ein Zeuge, der im Orte selbst seine Wahrnehmung machte, die Stunde bestimmen konnten. Der Inquirent gab sich wirklich der Hoffnung hin, daß durch die Gegenstellung dieses neuen Zeugen mit Frauenfeld und Wink ein anderes Resultat an den Tag kommen würde; es blieben aber die Letzteren, wiewohl eine früher nie bei ihnen bemerkte Verlegenheit ihre Mienen beherrschte, dennoch auf dem Satze stehen, daß sie sich bereits zwischen neun und zehn Uhr in den Wald begeben hätten.

Durch eine sehr geschickte chirurgische Behandlung wurde Baier's Nasenbein so gut wieder eingerichtet, daß er nach vier Wochen als völlig geheilt entlassen werden konnte.

Die Sache war nun spruchreif, und es wurde von allen Juristen, die Kenntniß davon erhalten hatten, mit gespannter Erwartung dem hofgerichtlichen Urtheile entgegengesehen. Es erfolgte jedoch lediglich eine Lossprechung von der Instanz und Entbindung der Inculpaten von der Kostenzahlung. Die wesentlichsten Entscheidungsgründe bestanden darin:

1) daß Frauenfeld selbst nur angegeben habe, daß er um 1 Uhr Nachmittags im Walde gewesen sey [12]), während doch die Mißhandlung des Baier zwischen 11 und 12 Uhr vorfiel;

2) daß ein Zeuge aufgetreten sey, welcher den Frauenfeld mit dem ihn unterstützenden Zeugen Michael Schmidt erst nach elf Uhr habe herausgehen sehen;

3) daß hiernach immerhin noch möglich bleibe, daß Frauenfeld Antheil an der Mißhandlung Baier's nahm,

12) Dies ist nicht ganz genau, indem Frauenfeld nur im ersten Verhöre von 1 Uhr sprach, in allen späteren aber sagte, er sey von Morgens bis Abends draußen gewesen.

Digitized by Google

weil diese kurz vor oder nach elf Uhr Vormittags Statt gefunden habe, und Zeuge sich auch leicht in der Zeit, wann er mit Frauenfeld in den Wald ging, geirrt haben kann, was um so eher anzunehmen ist, da Frauenfeld bei seiner ersten Constituirung von der Zeit, zu welcher er mit Schmidt in den Wald ging, gar keine Erwähnung that, sondern, wie gesagt, nur behauptete, daß er um 1 Uhr in dem Walde gewesen sey;

4) daß eben so Hermann Wink durch das Zeugniß des Metzgers von dem Verdachte, den Baier mit Frauenfeld überfallen zu haben, nicht ganz frei [13]) werden könne, indem die Mißhandlung wohl eine Stunde früher, als der Metzger kam, Statt fand;

5) daß gegen Wink insbesondere der Umstand spreche, daß der Hausgenosse Baier's ihn bald nach 11 Uhr aus dieser Gegend habe kommen sehen [14]);

6) daß übrigens das spätere Wiederzusammentreffen zur Ueberführung des Wink nichts beitrage, indem der Zusammenhang mit dem frühern Vorfall nicht nachgewiesen sey [15]);

7) daß unter solchen Umständen beide Inculpaten noch verdächtig bleiben, das angeschuldigte Verbrechen der Verwundung verübt zu haben, und daher nicht für schuldlos, sondern nur für klagfrei erklärt werden können, u. s. w.

---

13) An die Stelle dieses unbestimmten Ausdruckes dürfte man wohl setzen: „nicht im mindesten von dem gegen ihn sprechenden Verdachte gereinigt sey."

14) Vgl. Quistorp Grundsz. des peinl. Rechts §. 624.

15) Dazu kann Vers. nicht beistimmen, indem der zweite Besuch nur deßwegen geschehen seyn mag, um den Vulneraten, der bereits zum Bürgermeister gelaufen war, von der criminellen Betreibung der Sache abzuschrecken. Es läßt sich im Gegentheil kein Grund des zweiten Ueberfalls denken, wenn Wink beim ersten nicht betheiligt gewesen wäre.

Digitized by Google

Der Verf. ist der Ansicht, daß nebst den hier aufgezählten Gründen die eidliche Anklage des Vulneraten eine hinreichende Basis zur Verurtheilung des Friedrich Frauenfeld sowohl als des Hermann Wink abgeben konnte, wenn man in Erwägung gezogen hätte, wie gar kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß er durch andere Personen mißhandelt worden wäre, und um diese zu verschonen, unschuldige denuncirt hätte [16]), oder daß er durch einen Fall sich selbst beschädigt hätte, indem er dann gewiß nicht augenblicklich mit blutendem Gesichte zum Bürgermeister geeilt wäre, um Genugthuung zu suchen, wenn man ferner die trotz der speciellsten Fragen übereinstimmend ausgefallenen Angaben der beiden Söhne Baier's besser berücksichtigt, und endlich bedacht hätte, wie hinsichtlich beider Inculpaten Zeugen entdeckt worden, welche fest versicherten, daß dieselben erst um die elfte Stunde sich entfernt hätten, wonach der ganze Alibibeweis als grundlos erscheint, indem sonst die Inculpaten gewiß nicht ermangelt hätten, weitere Zeugen vorzuschlagen, von welchen sie gerade um jene Stunde in ihrem Thun und Treiben beobachtet wurden.

Der Verf. bescheidet sich übrigens, daß eine solche Verurtheilung nicht wohl überall erfolgen kann, so lange die künstliche Beweistheorie nicht durch die Gesetzgebung in ihr volles Recht eingesetzt wird.

---

16) Auf diesen, aus der Tiefe des menschlichen Herzens entnommenen Grund wird von Seiten der erkennenden Richter viel zu wenig Rücksicht genommen. Auch darf man einen Denunciaten nie mit einem Ankläger verwechseln. S. Henke, Handbuch des Criminalrechts Th. IV. §. 72.

Digitized by Google

II. Tödtungsversuch.

Zweifelhafter Thatbestand. Hypochondrie als die Zurechnung vermindernd.

Gar manche Criminalfälle werden einem Inquirenten, der überall beobachtend zu Werke geht, schon durch die Persönlichkeit der Inculpaten interessant [1]), wenn auch das Verbrechen an und für sich nicht zu den wichtigeren gehören sollte. Nur wer sich angewöhnt, bei der großen Mehrzahl der geringfügigen Untersuchungen das Charakterstudium stets eben so eifrig zu betreiben, wie bei Capitalsachen, kann in der psychischen Diagnose zu einer gewissen Sicherheit gelangen: denn nicht die Gründlichkeit der Erforschung im einzelnen Falle, sondern die Mehrfältigkeit der Beobachtungen und Erfahrungen macht, wie in andern Stücken, so auch hier den Meister.

Im August 1834 wurde dem Verf. durch Caspar Ehrhard von Wilhelmsfeld die Anzeige gemacht, daß Johann Höhr dortselbst seine Ehefrau Margarethe schon seit längerer Zeit schwer mißhandle, und in den letzten Tagen sogar einen Schuß auf sie gethan habe, wodurch sie aber glücklicherweise nicht verwundet worden sey; da aber seine Drohungen immer fortwährten, so sey gerichtliche Einschreitung nothwendig. Ehrhard ist nämlich der Schwager der Ehefrau des Höhr, hatte bis dahin in Höhr's Hause gewohnt, und war gerade wegen der häufigen ungestümen Auftritte zu dem Entschlusse gebracht worden, wo andershin zu ziehen, wodurch Höhr's Unmuth noch mehr aufgeregt wurde. Zu gleicher Zeit berichtete der Bürgermeister von Wilhelmsfeld officiell ein,

1) Wer hierauf sein Augenmerk richtet, wird nie, und sollte er auch im Jahre hundert Diebstähle und eben so viele Körperverletzungen zu untersuchen haben, das Geschäft eines Inquirenten langweilig oder einförmig finden. S. mein Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde §. 283. 586—590.

Digitized by Google

daß Höhr sich so wild gebährde, daß die Ortsobrigkeit nicht mehr mit ihm fertig werden könne. Augenblicklich ward daher ein Vorführungsbefehl [2]) erlassen, und die Gendarmerie lieferte nicht nur den Inculpaten, sondern auch dessen Hausflinte ein.

Im ersten Verhör zeigte sich der damals 50jährige Johann Höhr sehr verschlossen und nachdenklich, so daß man nicht weiter mit ihm kommen konnte, als daß er die eingelieferte Flinte als die seinige anerkannte, und zugestand, nach seiner Frau damit geschossen zu haben. Der Sicherheitsverhaft [3]) wurde gegen ihn erkannt.

Nun war es jedoch nöthig, erst die Margaretha Höhr, eine Frau von 52 Jahren, und ihre beiden Nachbarinnen, die dem letztern Auftritte zugesehen hätten, zu vernehmen. Die Letzteren erzählten übereinstimmend, daß es an jenem Tage um die Mittagszeit plötzlich einen Lärm in dem Hause des Höhr gegeben habe, worauf derselbe seine Frau auf die Straße gejagt und, auf der Haustreppe stehen bleibend, mit einem Gewehr in gerader Richtung nach ihr gezielt habe. In einer Entfernung von 8 Schritten habe dieselbe schicksalsergeben im Springen eingehalten, und die Worte ausgerufen:

„In Gottes Namen, wenn du mich schießen willst, so schieß mich; hier bleib ich stehen."

---

2) Wiewohl die deutsche Praxis dieses Zwangsmittel wenig kennt und ausübt, so bedient sich Verf. doch desselben in allen Fällen, wo schnelle Einschreitung nothwendig und doch eine Verwahrung oder Verhaftung nicht von vorn herein geboten erscheint. Man verfährt hierin einstweilen am besten nach Analogie des *Code d'instr. crim.* art. 91—112. Vergl. Locré, la législ. civ. commerc. et crim. Tom. XXIV. p. 171—176. 228.

3) Wiewohl die P. G. O. Art. 176. ausdrücklich gestattet, „eine unglaubhafftige boshafftige Person" in Arrest zu verbringen, schweigen doch fast alle Lehrbücher des Strafprozesses davon. Vergl. übrigens Tittmann, Handbuch der Strafprozeßwiss. Bd. III. §. 702.

Digitized by Google

Hierauf sey dann unmittelbar der Schuß erfolgt, und zwar in der directesten Richtung gegen die Frau. Diese sagte dasselbe aus, mit dem Zusatze, wie sie bemerkt habe, daß der Schuß an der rechten Wange vorbeigestreift sey, und sie war der Ueberzeugung, daß Schrot in der Ladung gewesen sey, indem Höhr unlängst noch dergleichen in seiner Kiste gehabt habe. Dazu kam, daß der Inculpat gleich nach dem Abfeuern sein Gewehr wiederholt geladen und dabei geäußert hatte:

„Du kriegst doch noch die Kränk" [4]).

Das eingelieferte Gewehr wurde durch Sachverständige untersucht, und es fand sich darin eine gewöhnliche Jagdladung Pulver nebst drei Papierpfropfen, jedoch durchaus kein Blei [5]). Man konnte zwar für wahrscheinlich halten, daß diese Ladung noch dieselbe war, die Höhr auf den gethanen Schuß in das Gewehr brachte; aber dabei blieb doch die Möglichkeit übrig, daß der Inculpat das etwa darin gewesene Blei bis zur Verhaftung bereits ausgezogen und vorsichtig beseitigt hätte.

Nun war es die Frage, ob der Thatbestand eines Verbrechens vorlag? — Es war einerseits der Verdacht begründet, daß Höhr wirklich Schrotstücke gegen seine Ehefrau abgeschossen habe, wodurch ihr Leben unstreitig in Gefahr gewesen wäre; anderntheils sprechen aber viele Erfahrungen dafür, daß auch ein Schuß mit festen Papierpfropfen, so aus der Nähe, wie hier, abgefeuert, tödtlich verwunden, oder doch einen bleibenden Schaden beibringen könne [6]).

4) Dieses Wort bezeichnet in der Pfalz die schwerste Verwünschung und heißt ungefähr so viel, als: der Teufel hole dich!

5) Daraus konnte freilich kein Rückschluß auf die vorige Ladung gemacht werden.

6) Ueberhaupt ist im badischen Strafedikte §. 71. ein Schießgewehr zu denjenigen Waffen gezählt, welche im Zweifel als tödtlich anzusehen seyen.

Digitized by Google

Der Verf. glaubte sich daher verpflichtet, die Inquisition auf einen Versuch der Tödtung zu richten, welcher als qualificirt zu betrachten war, da ein Ehegatte gegen seine Frau [7]) sich vergangen hatte.

Das Hauptverhör, welches mit dem Inculpaten über diese Anschuldigungspunkte vorgenommen wurde, bot manche interessante Momente dar. Längere Zeit dauerte es, bis er sich ein Herz faßte, offen und frei zu reden; zuletzt aber gab er Folgendes an:

„Meine Frau hält seit einiger Zeit alles Geld zurück, und will mir nichts geben, auch versorgt sie mich in der Kost nicht ordentlich. Neulich kam sie von Heidelberg zurück mit der Nachricht, sie habe den Bescheid bekommen, daß sie mir gar nichts mehr zu geben brauche. Darüber wurde ich natürlich böse, und warf einige Schüsseln zusammen mit den Worten:

„„Nun sollst du sehen, daß ich auch Theil daran habe““;

dies war allerdings unartig, aber meine Frau reizte mich dazu.“

Darauf wurde die Frage gestellt, ob und in welchem Zusammenhange jener Schuß mit diesem Auftritte stehe, und Höhr erwiederte:

„durch das Zerschmeißen der Schüsseln wurde meine Frau ängstlich gemacht und lief davon. Da ich noch unwillig war [8]), so nahm ich die Flinte und trat damit unter die Hausthüre. Wie ich dorthin kam, stand

---

7) P. G. O. Art. 137 a. E. §. 6. J. de publ. jud. (4, 18.) L. 1. de lege Pompeja de parric. (48, 9.)

8) Man bemerkt wohl, daß Inculpat entweder die Wahrheit hinterhält, oder sich selbst keine Rechenschaft über seine That geben kann: denn es lag doch ganz und gar kein Grund vor, die wegen der Unarten des Mannes davongelaufene Frau noch mit einem Gewehr zu verfolgen.

Digitized by Google

meine Frau gerade gegenüber auf dem Weg, und ich schoß die Flinte aus Ungeduld los."

Auf die fernere Frage: was habt ihr mit dem Schuß beabsichtigt? sprach er:

„ich schoß die Flinte los im Aerger über die früheren Redensarten der Frau und um sie zu erschrecken [9]), weil ich verlange, daß sie sich ordentlich betragen und nachgeben solle."

Auf die Aufforderung, sich hinsichtlich der Ladung zu erklären, gab er zur Antwort:

„ich hatte ein paar Tage zuvor nach Vögeln geschossen; ich lud die Flinte gleich wieder und hängte sie in meinem Zimmer auf, weil ich sie zu meiner Sicherheit vor vielen Feinden brauche. Es war übrigens eine hohle Hand voll Pulver mit einem Pfropf darin, Kugeln habe ich gar keine, und der Schrot war mir kurz zuvor ausausgegangen. Ich hatte wohl früher gehackten Schrot, verschoß ihn aber auf die Vögel."

Es wurden unter andern noch folgende Fragen gestellt:

Wenn ihr die Flinte zu eurer Sicherheit ludet, so hätte sie diesem Zwecke so nicht entsprochen?

Antw. Das ist richtig, aber ich hatte eben keinen Schrot mehr.

Fr. Wenn die Ladung Schrot enthalten hätte, würdet ihr dann den Schuß dennoch gegen eure Frau gethan haben?

Antw. Es wäre gerade das Nämliche gewesen [10]).

---

9) Da die Frau nach obiger Aeußerung bereits „ängstlich gemacht" war, so ist diese Antwort offenbar ungereimt. Als jedoch der Inculpat darüber belehrt wurde, blieb er gleichwohl dabei stehen.

10) Hier verrieth Höhr nicht undeutlich, daß seine Absicht auf Tödtung oder doch Beschädigung gerichtet war. Vergl. Wächter, Lehrb. des Strafr. Th. II. S. 127. Nr. 3.

Digitized by Google

Fr. Hiernach scheint euch der Erfolg des Schusses jedenfalls gleichgültig gewesen zu seyn, wenn auch eure Frau verwundet oder getödtet worden wäre?

Antw. Ich habe die Flinte nicht ganz gerade auf die Frau gerichtet, und wollte ihr eigentlich nichts zu Leide thun [11]).

Fr. Ihr sollt nach diesem Schusse sogleich wieder geladen haben? [12])

Antw. Ja, das that ich zu meiner Sicherheit.

Fr. Es scheint, daß ihr bei dem wiederholten Laden vielmehr die Absicht hattet, nochmals gegen eure Frau zu schießen?

Antw. Nein, so ist es nicht. Wenn ich meine Frau hätte treffen wollen, so hätte ich sie gleich das Erstemal getroffen.

Fr. Ihr sollt doch, nach der Angabe eurer Ehefrau, dabei gesprochen haben: „Du kriegst doch noch die Kränk?"

Antw. Da weiß meine Frau mehr, als ich. Ich weiß nichts davon.

Endlich gab er aber auf die Schlußfrage, ob er noch Etwas vorzubringen habe, folgende merkwürdige Erklärung:

„Ich will mich davor hüten, daß ich nochmals in den Fall komme. Ich bitte aber, mir meinen Heimathsschein ausstellen zu lassen, damit ich auswärts mein Brod verdienen kann. Zu Hause bei meinen Schwägern und Schwägerinnen habe ich kein Zutrauen zu bleiben."

Man wird schon aus diesen sonderbaren Reden entnehmen können, daß Höhr ganz eigene Ansichten von der Ehe und

---

11) Nun erst schien es ihm einzufallen, daß eine Strafe in Aussicht stehen könnte.

12) Dies ist eine actenmäßig begründete, also erlaubte Suggestion. Mein Handbuch §. 570. 571.

Digitized by Google

den Rechten des Ehemannes hat, und es ist gewiß sehr auffallend, daß er hinsichtlich seines Schusses kein anderes Motiv anzugeben wußte, als daß er seine Ehefrau, die über sein unwirsches Zerschlagen der Schüsseln angstvoll die Flucht ergriff, noch weiter habe abschrecken wollen. Kommt hierzu noch eine Schilderung seines Aeußern und seiner Gemüthsbeschaffenheit, so wird seine Zurechnungsfähigkeit einigem Bedenken unterliegen.

Der Mann ist ein wahres Abbild des Jammers, wenn man sein leidendes, mattes Auge, seine eingefallenen blassen Wangen, und die Haltungslosigkeit des ganzen Körpers betrachtet. Er scheint zu den Menschen zu gehören, welche sich überall einbilden, der Fluch des Schicksals ruhe mit besonderer Schwere auf ihnen, und denen daher nicht blos das eigene Daseyn zur Last, sondern auch alle Umgebung zum Reizmittel des Unmuthes und Zornes wird. Wiewohl Höhe's Ehefrau allgemein das Lob einer treuen und fleißigen Frau genoß, so setzte sich der Sonderling dennoch in den Kopf, daß sie sein sauer verdientes Geld verschwende, ihm das Nothdürftigste entziehe und darauf ausgehe, ihn bei andern Menschen zu verschwärzen und zu verkleinern [13]). Da er offen gestand, daß er die Flinte jedenfalls, auch wenn sie mit Blei geladen gewesen wäre, gegen seine Frau abgeschossen haben würde, so bleibt er immer der Absicht, sich dieser entledigen zu wollen, sehr verdächtig.

Das Physikat untersuchte seinen Gesundheitszustand aufs genaueste, und fand, daß er an Schwäche der Verdauung leide, und öfter mit Schwindel und Diarrhöe behaftet sey [14]). Wie unheimlich ihm sein Hauswesen seyn

13) Fast könnte man hierin eine fixe Idee erkennen. Henke, Lehrb. der gerichtl. Medicin §. 266.

14) Hiedurch ist wohl der Zustand einer Hypochondrie nachgewiesen, welche nicht mehr allzu fern von der Melancholie steht.

Digitized by Google

mußte, bewies das für einen 50jährigen Bauer sehr auffallende Verlangen, ihn in die Fremde gehen zu lassen, und hiermit stimmte ganz überein, daß er auf die Eröffnung, er sey aus dem Untersuchungsverhafte entlassen, den Inquirenten flehentlich bat, ihn noch eine Zeit lang im Gefängnisse zu lassen [15]), weil es ihm am liebsten sey, Niemand von seiner Familie und von seinen Mitbürgern zu sehen.

Der competente Gerichtshof erkannte auf Vorlage der Acten, „daß kein Grund zur Fällung eines peinlichen Erkenntnisses vorliege", und es erfolgte dann blos, wegen unbefugten Schießens, eine polizeiliche Warnungsstrafe von achttägigem Arreste [16]), womit Höhr ganz zufrieden war.

Später erkundigte sich der Vers. öfter nach Höhr's Aufführung, und erhielt die Auskunft, daß er mit seiner Frau fast gar nicht mehr spreche, und meistens als Kohlenbrenner sich auswärts aufhalte.

Schulze, psychische Anthropologie §. 270. Rosenkranz, Psychologie S. 152. Holley, Anweisung zum Verfahren in Strafsachen §. 251.

15) Wie übel würden sich wieder in diesem Falle alle relativen oder Nutzungstheorien bewähren! Abegg, Lehrb. der Strafrechtswissensch. S. 7.

16) Auch der Polizeirichter erkannte die Zurechnung als vermindert.

Digitized by Google

X.

Uebersicht der landständischen Verhandlungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Württemberg.

Von

Herrn Gustav Hohbach,

Oberjustizrath in Ellwangen.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XXIII. des vorigen Bandes.)

§. 9.

Festungsstrafe als Surrogat der Zuchthausstrafe.

Den Antrag, daß der Richter auch in Fällen, worauf lebenslängliche oder zeitliche Zuchthausstrafe stehe, auf Festungsstrafe zu erkennen haben solle, wenn nach sorgfältiger Erwägung der Persönlichkeit des Uebertreters und der Beschaffenheit des Verbrechens an sich oder der Motive zum Verbrechen Grund hiezu vorhanden sey, hatte die zweite Kammer mit 79 gegen 2 Stimmen angenommen, indem sie davon ausging, daß die gleichen Gründe, wie bei der Arbeitshausstrafe, auch bei der Zuchthausstrafe für die Anwendung jener Surrogatstrafe sprechen, da es nämlich auch bei den objectiv schwersten Verbrechen Fälle geben könne, in welchen Vollziehung der Strafe im Zuchthause

Digitized by Google

für den Verbrecher hinsichtlich seiner Gesinnungen, seiner subjectiven Verhältnisse und seines Verschuldens ein ganz unverhältnißmäßig hartes und gegenüber von anderen Verbrechern, welche objectiv das Gleiche gethan, ein zehnmal härteres Uebel wäre, als für diese, weshalb zu Herstellung wirklicher Rechtsgleichheit die nur scheinbar eine Rechtsungleichheit bewirkende Surrogatstrafe eben so wenig wie bei geringeren Strafen entbehrt werden könne. Da die erste Kammer dem Beschluß nicht beitrat, so beschränkte die zweite denselben auf die zeitliche Zuchthausstrafe; am Ende aber vereinigten sich beide Kammern dahin, daß in einem besondern Artikel festgesetzt werden solle, daß in den Fällen der zeitlichen Zuchthausstrafe von den Gerichten, wofern es ihnen nach sorgfältiger Erwägung der besondern Umstände des Verbrechens so wie der Bildungsstufe und der bürgerlichen Verhältnisse des Uebertreters (so wurde das früher gewählte Wort: „Persönlichkeit" hier und in den Art. 15. und 19., wo der Entwurf nur der bürgerlichen Verhältnisse erwähnt hatte, umschrieben) begründet erscheine, auf jene Strafe in der Art zu erkennen sey, daß der Betheiligte in einem von den übrigen Gefangenen abgesonderten Raume des Zuchthauses verwahrt und zu einer so viel thunlich seinen früheren Verhältnissen angemessenen Beschäftigung angehalten werde, er die vorgeschriebene ausgezeichnete Kleidung nicht zu tragen habe und die Disciplinarstrafe der körperlichen Züchtigung gegen ihn nicht zur Anwendung komme. Zugleich wurde beschlossen, in der Adresse an die Staatsregierung die Voraussetzung auszusprechen, daß den Gerichten anheim gegeben sey, in einem solchen Falle bei dem Justizministerium den Antrag auf Verwandlung der zeitlichen Zuchthausstrafe in Freiheitsstrafe auf einer Festung oder in einer ihr gleichgestellten selbstständigen Anstalt im Wege der Gnade von Amts wegen zu stellen.

Digitized by Google

§. 10.

Gefängnißstrafe.

Während durch diese Beschlüsse der Gebildetere, welcher zu entehrender Freiheitsstrafe auch von längerer Dauer verurtheilt würde, gegen die schon in dem bloßen Zusammenseyn mit roheren Verbrechern für ihn gegenüber von diesen liegende Strafschärfung geschützt werden sollte, stellte der Abgeordnete Schott schon der Commission der zweiten Kammer den Antrag, der entehrenden Arbeitshaus- und (zeitlichen) Zuchthausstrafe eine bis zur längsten Dauer der letztern reichende nicht entehrende Gefängnißstrafe, übrigens mit gleicher Abstufung, zur Seite zu stellen, und zwar in der Art, daß im einzelnen Falle, je nachdem die That, welche sie auch seyn möge, aus schlechten und gemeinen Beweggründen (Rache, persönlichem Ehrgeiz, Gewinnsucht oder Befriedigung irgend einer Sinneslust) hervorgegangen sey oder nicht, der Richter die entehrende oder die nicht entehrende Freiheitsstrafe zu erkennen haben sollte, indem nur die Natur und innere Beschaffenheit der That, keineswegs aber die Größe des gestifteten Schadens oder die Art, Größe oder Dauer der Strafe u. s. w. die Infamie hervorbringen dürfe, wenn nicht zur höchsten Gefährdung der Regierung und der so nothwendigen Achtung vor dem Gesetze die Gesetzgebung selbst sich mit der öffentlichen Meinung, dem Rechtsgefühle und den sittlichen Begriffen des Volks in Widerspruch setzen wolle; wenn dem Richter anheimgegeben sey, darüber zu erkennen, ob im einzelnen Falle eine Ausnahme von der gar wohl aufstellbaren Regel, daß das besondere Verbrechen ein entehrendes oder nicht entehrendes sey, vorliege, ob somit die entehrende oder die nicht entehrende, jener übrigens in allen anderen Beziehungen, namentlich hinsichtlich der Dauer und der intensiven Härte gleiche Strafe auszusprechen sey, so liege darin

Digitized by Google

gewiß weder eine zu große Gewalt des Richters noch eine Erhebung deſſelben über das Geſetz noch eine Gefährdung der individuellen bürgerlichen Freiheit oder des öffentlichen Intereſſes. — In der Kammer wiederholte Schott dieſen Antrag, welchen Römer, namentlich mit Hinweiſung auf die hinſichtlich der Beweisfrage, des Erkenntniſſes auf Feſtungsſtrafe u. ſ. w. dem Richter eingeräumte gleich große Befugniß, lebhaft unterſtützte, wogegen aber darauf beharrt wurde, eine ſolche Ausdehnung des richterlichen Ermeſſens, wie die beantragte, finde ſich in keiner europäiſchen Geſetzgebung; die Triebfeder einer That laſſe ſich nicht mit Sicherheit erkennen, und am wenigſten dürfe bei der Berathung eines neuen Geſetzbuchs der richterlichen Gewalt zu viel eingeräumt werden; ohnehin ſey durch die von der Commiſſion beantragte und von der Regierung genehmigte Ausdehnung der nicht entehrenden Gefängnißſtrafe bis auf ſechs Jahre für gewiſſe Ausnahmsfälle (womit ſich ſpäter auch beide Kammern vereinigten) für den Schutz der bürgerlichen Ehre bereits hinlänglich geſorgt, zumal, da ein Staatsbürger, dem wegen Verbrechen einen beträchtlichen Theil ſeines Lebens hindurch ſein erſtes politiſches Recht, das unſchätzbare Gut der Freiheit, habe entzogen werden müſſen, dem ganz makelloſen Bürger nicht mehr gleichgeſtellt werden könne. Der Antrag wurde mit 70 gegen 12 Stimmen verworfen, dagegen der Commiſſionsantrag auf Weglaſſung der Ortsgefängnißſtrafe, welche das eine Mal viel zu ſtreng, das andere Mal viel zu gelind ſeyn würde und häufig unausführbar wäre, nach einigem Widerſpruch angenommen und in Folge hievon das Minimum der Bezirksgefängnißſtrafe auf einen Tag feſtgeſetzt.

§. 11.

Digitized by Google

§. 11.

Behandlung der Gefangenen in den Strafanstalten.

Zu vielfachen Erörterungen gaben die Anträge der Commission auf nähere Bestimmungen über die Behandlung der Strafgefangenen Veranlassung. Auf der einen Seite wurde geltend gemacht, daß zwar von der Humanität der gegenwärtigen Staatsregierung mit voller Zuversicht jede mit dem Strafzwecke vereinbare Schonung der Gefangenen erwartet werden könne, daß aber die Zukunft Niemand voraussehe und daher der Verwaltung und der Instruction nicht zu viel überlassen werden dürfe, sondern wenigstens ein Maximum der Lasten und ein Minimum der Rechte der Strafgefangenen im Gesetze bestimmt werden müsse. Auf der andern Seite wurde bemerkt, wie durch genauere Bestimmungen hierüber, namentlich durch die Vorschläge der Commission, die Verwaltung selbst in Einführung offenbarer Verbesserungen gehemmt würde, wie schon zum Voraus Manches sich als unangemessen darstelle, z. B. die Festsetzung der Zahl der täglichen Arbeitsstunden, wie Anderes sich von selbst verstehe, und wie überhaupt bei der durch fortschreitende Erfahrung wie durch die Verschiedenheit und Wandelbarkeit der Orts- und Personenverhältnisse u. s. w. bedingten Wandelbarkeit der Anordnungen in fraglicher Beziehung eine gesetzliche Vorschrift nicht gegeben werden könne. Indessen ging doch aus dieser Debatte, neben einigen Bestimmungen hinsichtlich der einzelnen Strafanstalten, ein — von der Regierung selbst vorgeschlagener — Artikel hervor, welcher unter Vermeidung zu großer Einzelnheiten den selbst etwas höher gesteigerten Forderungen der Humanität vollkommen entspricht und wie dem Gesetzbuch zur Zierde, so der Staatsregierung und den Ständen zur Ehre gereicht. Nach diesem Artikel soll nämlich allen Strafgefangenen genügende und angemessene Nahrung ge-

Digitized by Google

reicht, alle sollen zum Genusse der freien Luft täglich zugelassen, allen soll der persönliche sowohl als der schriftliche Verkehr mit ihren Angehörigen und Freunden gestattet, keinem soll eine nach Art oder Dauer der Gesundheit nachtheilige Arbeit auferlegt werden; diesen Bestimmungen soll ferner bei dem Vollzuge in den leichteren Strafanstalten eine den Gefangenen günstigere Ausdehnung als in den schwereren gegeben, und alle von der Verwaltung in diesen Beziehungen, so wie über die ganze innere Einrichtung der Strafanstalten zu treffende nähere Bestimmungen sollen durch das Regierungsblatt zu öffentlicher Kenntniß gebracht werden.

§. 12.

Verlust des Adels als Folge der Zuchthausstrafe.

Der Art. 28. des Entwurfs bestimmte, daß der zu einer Zuchthausstrafe rechtskräftig Verurtheilte neben anderen Rechten und Vorzügen auch den Adel verliere, jedoch nur für seine Person und unbeschadet der Rechte seiner Ehegattin und der vor dem Strafurtheile erzeugten Kinder. Die Commission der zweiten Kammer wollte diese Folge nur auf den Verlust der Ehrenrechte (nicht auch der Vermögensrechte) des Adels ausdrücklich beschränken, dagegen nicht nur mit der Zuchthaus-, sondern auch mit der Arbeitshausstrafe, so wie mit der Strafe des Verlustes der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte verbinden. Die zweite Kammer beschloß überhaupt völlige Gleichstellung dieser letztern Strafe und der Folgen der Zuchthaus-, Arbeitshaus- und Festungsstrafe, mit einer einzigen Ausnahme in Beziehung auf letztere, nahm aber, was den Verlust des Adels betrifft, den Antrag des Abgeordneten Schott an, welcher dahin ging, daß der zu einer Zuchthausstrafe u. s. w. rechtskräftig Verurtheilte in

Digitized by Google

Folge dieser Verurtheilung für seine Person die mit dem Adel verbundenen Corporations-, so wie die politischen Rechte, besonders die Wahl- und Wählbarkeitsrechte, mit Ausnahme der Heimathsrechte, verlieren solle, jedoch unbeschadet der Rechte seiner Ehegattin und seiner Kinder. Dieser Antrag, mit 69 Stimmen (worunter die gesammte Ritterschaft) gegen 12 angenommen, wurde von Schott mit Folgendem begründet: in einem bestehenden Staate müssen alle verfassungsmäßige Rechte geschützt werden, und darum die Standesvorzüge des Adels auch in der Strafgesetzgebung vollkommenen Schutz finden; der Adel werde angeboren und bilde im Gegensatze gegen den Bürgerstand einen besondern Stand; wenn nun der Adelige, der ein Verbrechen begehe, den Adel verlieren und dem Bürgerstand übergeben werden solle, so werde dadurch die Bürgerklasse eine Strafklasse für den Adel; der Entwurf sey aber auch im Interesse des Adels selbst weder genügend, noch mit der Gerechtigkeit oder Billigkeit übereinstimmend: die Thatsache nämlich, daß ein Adeliger ein Verbrechen beging, könne nicht ungeschehen gemacht werden, so wenig als das Factum des Verbrechens überhaupt; es liege also offenbar in dem Interesse des Adels, daß dieses Unglück, das eine Familie treffe, so bald als möglich dem Gedächtnisse der Menschen entschwinde, und in keinem Fall über das Leben des Adeligen hinaus sich erstrecke, weil sonst nicht nur der Thäter, sondern das Geschlecht selbst gebrandmarkt werde; dieses geschehe aber, wenn die an der That des Vaters unschuldigen, nach derselben gebornen Nachkommen durch Verlust des Adelsprädikats die Schmach in ferne Zeiten hinübertragen sollten; überdies müßte die Bestimmung des Entwurfs offenbar auch Störung und Verwicklung in das Familienleben bringen, wenn die adelig bleibende Frau und die vor der That gebornen adeligen Kinder mit dem unadeligen Manne nicht nur, sondern auch

Digitized by Google

von unadeligen Kindern, beziehungsweise Geschwistern, zusammenleben sollten. Außerdem wurde noch bemerkt, wie der Entwurf Heimathsrechte nehme, aber andere nicht gebe, wie durch den Adelsverlust auch der nach der That gebornen Kinder diese in den wichtigsten, nicht von dem gestraften Vater, sondern ex pacto et providentia majorum erworbenen Privatrechten, namentlich in Ansprüchen auf Lehen- und Stammgüter, beeinträchtigt würden, wie der Edelmann zwar aufhören könne, ein edler Mann zu seyn, nicht aber aufhören, ein Edelmann zu seyn, wie es ja in England ein Sprichwort gebe, daß es keine wahre Nobility gebe, die nicht unter ihren Vorfahren einen Ahnen habe, der auf dem Schaffot gestorben, und wie es ein Widerspruch wäre, wenn das nachgeborne Kind eines geköpften Adeligen adelig wäre, das Kind desjenigen aber, der im Zuchthause gewesen, nicht adelig seyn sollte.

Gegen diese Gründe wurde, besonders von dem Kanzler v. Wächter geltend gemacht: der Adel sey nichts Anderes, als eine bevorzugte Stellung im Staate, die theils durch persönliche Verleihung, theils durch die Geburt erworben werde; nehme man vom Adel die Ehrenrechte weg, so bleibe nichts mehr vom Adel übrig; denn zu diesen Ehrenrechten gehöre es auch, Baron, Graf und Fürst zu heißen; der Einwand, der Adel werde durch die Geburt und providentia majorum erworben, und eben damit auch der Anspruch auf Lehen u. s. w., würde auf manche Fälle schon gar nicht passen, wenn nämlich der gestrafte Vater der erste Erwerber des Lehens war; überhaupt aber gehen auch andere Rechte, die durch die Geburt fortgepflanzt werden, gleichwohl durch Verbrechen der Einzelnen verloren; zudem sey es doch die höchste Inconsequenz, wenn ein Nichtadeliger adelige Kinder sollte erzeugen können, und zwar um so mehr, je mehr man den

Digitized by Google

Adel von dem Geblüts- und Geburtsrecht herleite; gebe man auch zu, daß das adelige Blut bis auf einen gewissen Grad bleibe, so sey auch zu bedenken, daß derjenige, der ein zuchthausmäßiges Verbrechen begehe, vielleicht beweisen dürfte, daß das adelige Blut bei ihm nicht mehr ganz rein fließe, und in besonderen Fällen könne ja immer die Gnade des Regenten eingreifen; die Consequenz in Beziehung auf die Vermögensrechte sey der Doctrin zu überlassen, es werde dabei auf die besondern Statuten und Observanzen ankommen; was das Heimathrecht betreffe, so müsse die Adelscorporation einen solchen unadelig Gewordenen fortan erhalten, bis man irgendwo ein Bürgerrecht für ihn erwerbe; was die angebliche Bestrafung der unschuldigen Kinder betreffe, so sey es ja keine Strafe, bürgerlich zu seyn, die Kinder eines Mannes, der nicht mehr von Adel sey, erleiden daher auch keine Strafe, wenn sie nicht adelig werden, sondern nur derjenige, dem die adeligen Rechte entzogen worden; die angeregte Störung des Familienlebens träte wohl nicht ein, da man ja in England, wo sich der Adel blos auf die Aeltesten vererbe, sehr häufig adelige und unadelige Geschwister finde; auch der Bürgerstand könne sich nicht beschweren, wenn ein solcher Entadelter in ihn zurücktrete, da der Adel blos ein plus von Ehrenvorzügen sey, bei dessen Wegfallen derselbe in die gewöhnliche Klasse der Staatsbürger eintrete; wenn ein Mitglied des Beamtenstandes wegen Vergehen wieder in den Bürgerstand zurücktrete, so beschwere sich dieser ja auch nicht; endlich sey noch zu bedenken, daß nicht nur die bestehende württembergische Gesetzgebung das Gleiche, wie der Entwurf, nur in noch ausgedehnterem Maaße enthalte, sondern dieses auch in Deutschland von jeher gegolten habe; schon die Römer seyen davon ausgegangen, daß ein Infamirter keine dignitates und honores haben, und daher auch nicht vererben könne, und in Deutschland habe jedes

Digitized by Google

Strafe, wobei der Henker thätig gewesen (und dieses sey bei der Mehrheit der Strafen in früherer Zeit der Fall gewesen), unbedingt den Adel genommen, und man habe nie den geringsten Zweifel gehabt, daß ein so Entadelter adelige Kinder nicht zeugen könne; das englische Sprichwort beweise nichts, da ja auch in Würtemberg die Kinder eines später geköpften Adeligen den Adel behalten, und der baierische Entwurf, obgleich ungenauer gefaßt, als der würtembergische, wolle offenbar nichts Anderes sagen, als dieser.

Die erste Kammer erklärte sich zwar gegen die durchgängige Gleichstellung der Folgen der Zucht- und Arbeitshausstrafe und des Verlustes der Ehren- und Dienstrechte, trat jedoch den Anträgen des königl. Prinzen Friedrich von Würtemberg bei, daß sowohl bei der Zuchthaus- als bei der Arbeitshausstrafe der Verurtheilte „den Adel und den Namen seiner Familie, jedoch nur für seine Person und unbeschadet der Rechte seiner Ehegattin und der in dieser (??) Ehe vor und nach dem Strafurtheile erzeugten Kinder verlieren" solle.

Die Regierung erklärte sich mit keinem von diesen Beschlüssen einverstanden, erklärte jedoch die Geneigtheit des Königs, in eintretenden Fällen auf besonderes Ansuchen den nachgebornen Kindern eines solchen Verbrechers die der Familie, welcher sie angehören, zustehenden Adelsrechte zu verleihen. Dabei wurde bemerkt, wie gegen den Beschluß der ersten Kammer der Einwand spreche, daß, wer ein Recht nicht mehr besitze, es auch nicht übertragen könne, wie nach dem Beschlusse der zweiten Kammer nur der gutsherrliche Adel eine Schmälerung in seinen Rechten erfahren würde.

Dennoch aber beharrte die zweite Kammer auf ihren Beschlüssen über die vorliegende Frage, ohne daß wesentliche neue Gründe für die eine oder die andere Ansicht vor-

Digitized by Google

gebracht wurden; nur darin war sie einstimmig, daß der Beschluß der ersten Kammer, wonach ein Entadelter trotz dem Verluste seines Adels und sogar seines Familiennamens doch adelige Kinder solle zeugen können, einen unumstößlichen Widerspruch in sich begreife. Dagegen glaubte die erste Kammer helfen zu können, wenn sie ihren Beschluß dahin fasse, daß der zu Zuchthausstrafe Verurtheilte den Adel verlieren solle, in der Art, daß solcher für seine Person auf Lebenszeit ruhe, jedoch unbeschadet der Rechte seiner Ehegattin und der vor und nach dem Strafurtheile erzeugten Kinder. Bei der dritten Berathung zog indessen die zweite Kammer vor, zu dem Gesetzesentwurfe zurückzukehren, womit sich dann auch die erste vereinigte, da die Versicherung ertheilt wurde, daß es hinsichtlich der Lehensfuccession bei der Lehensobservanz verbleibe.

§. 13.

Verlust der Berechtigung zu solchen öffentlichen Verrichtungen, zu deren Ausübung eine Ermächtigung und Verpflichtung der Staatsbehörde erforderlich ist, als Folge der Zuchthausstrafe.

Der Entwurf sprach diesen Verlust als Folge der Zuchthausstrafe aus, wogegen aber die Commission der zweiten Kammer sich erklärte. In der Kammer selbst entspann sich hierüber ein heftiger Streit. Für den Commissionsantrag wurde angeführt, daß die Standesehre der Advocaten, Aerzte u. s. w. nur ein Vorurtheil sey, und in Wahrheit stets nur auf der Schätzung des Individuums beruhe; daß es ferner ein Unrecht gegen das Publicum sey, wenn es von der Wissenschaft oder Kunst desjenigen keinen Gebrauch machen dürfe, dem es ungeachtet der erlittenen Strafe vertrauen möchte; daß übrigens ohnehin nicht angenommen werden könne, daß das Publicum solchen, die

Digitized by Google

wegen niederträchtiger Verbrechen verurtheilt worden, sein Vertrauen schenken werde; daß ferner es eine ungemein harte Bestimmung seyn würde, wenn ein zu Ausübung einer Kunst oder Wissenschaft Ermächtigter wegen der Strafe für ein damit gar nicht in Verbindung stehendes Verbrechen jener Ermächtigung verlustig und damit gänzlich hilflos werden solle, und daß doch die Familie eines solchen dieselbe Rücksicht verdiene, wie die eines Adeligen.

Dagegen wurde aber bemerkt, daß nur durch Erhaltung der Standesehre der Stand, namentlich der Advocaten, auf den Standpunkt, den er einnehmen solle, gehoben werden könne; daß mit Beeinträchtigung dieser Ehre die Moralität des ganzen Standes gefährdet würde; daß in der Staatsermächtigung zu den fraglichen Verrichtungen nicht blos der Ausspruch der intellectuellen, sondern auch der moralischen Befähigung liege oder wenigstens vom Publicum erblickt werden müsse, welches häufig nicht prüfen könne und nicht prüfe, ob ein Mann sein Vertrauen verdiene, sondern dieses, der Staatsermächtigung vertrauend, voraussetze; daß nicht die Analogie des Adels, sondern die Analogie des öffentlichen Dienstes, des Beamtenstandes, in Anwendung komme, und die Bestrafung des Beamten in das schreiendste Mißverhältniß mit der Bestrafung des Advocaten u. s. w. kommen würde; daß ebenso es ein schreiendes Mißverhältniß wäre, wenn einem Apotheker wegen Medicasterens, einem Advocaten wegen unbedeutender Prävarication die öffentliche Berechtigung bleibend entzogen werden könnte, dagegen nicht dem Erstern wegen vorsätzlicher Vergiftung oder dem letztern wegen Betrügereien in Betrage von vielen tausend Gulden; daß insbesondere bei den Advocaten, denen die wichtigsten Acten anvertraut werden müssen u. s. w., die größten Mißstände sich erheben würden, und daß auch das bisherige Recht gegen die Ansichten der Commission sey. Der Antrag wurde mit 67 gegen

Digitized by Google

13 Stimmen verworfen; die Ausdehnung der Folge auch auf Arbeitshausstrafe wurde später zurückgenommen.

§. 14.

Pönitentiarsystem.

Die Erörterungen über einige andere Folgen der Zuchthausstrafe, obgleich nicht uninteressant, möchten hier zu übergehen seyn; nur ist noch aus den Verhandlungen der ersten Kammer hier nachzutragen, daß die von der zweiten durch Zuruf beschlossene Bitte an die Regierung um baldige Einführung eines zweckmäßigen, umfassenden Besserungssystems, welcher die erste Kammer beitrat, den Regierungscommissären in derselben zu der Bemerkung Veranlassung gab, daß der Gegenstand zwar einer sorgfältigen Erwägung würdig sey, daß jedoch nicht nur in ökonomischer Beziehung, sondern auch hinsichtlich der Wirkungen des Pönitentiarsystems für den Strafzweck Bedenklichkeiten vorliegen; in ersterer Beziehung sey nämlich zu bemerken, daß sich in den württembergischen Strafanstalten beiläufig 1300 Gefangene befinden, und die Kosten für den ganzen Unterhalt eines Gefangenen im Durchschnitt jährlich 55 Fl. betragen, wogegen nach einem bereits entworfenen Plane für eine Strafanstalt von nur 150 Personen nach jenem Systeme, bei Entfernung alles Luxus, der Aufwand auf 300,000 Fl. angeschlagen worden sey und blos der jährliche Miethzins für einen Gefangenen 80 Fl. betragen würde, wozu noch käme, daß z. B. in dem Arbeitshause zu Ludwigsburg, welches gegenwärtig für 800 Sträflinge nur 15 Aufseher habe, nach dem Beispiele solcher Anstalten in der Schweiz 200 Aufseher nöthig würden. In der andern Beziehung wurde bemerkt, daß die Erfahrung gegen das System spreche, daß namentlich in neuester Zeit in den württembergischen Straf-

Digitized by Google

gestalten das, was bei den vorhandenen Mitteln in Beziehung auf die Hauptgrundsätze des Pönitentiarsystems zu erreichen möglich gewesen, versuchsweise in Anwendung gekommen sey, indem man die Gefangenen zum Stillschweigen bei der Arbeit angehalten habe: Anfangs sey dieses Mittel von großem Erfolge gewesen, bald aber haben die Sträflinge wieder Auswege gefunden, z. B. Zeichensprache, welche nicht haben abgeschnitten werden können, so daß dadurch der günstige Erfolg dieses Systems zum großen Theil wieder vereitelt worden sey. Ob übrigens hiezu nicht gerade die beschränkten Mittel, namentlich die geringe Zahl der Aufseher (auf mehr als 50 Gefangene nur Einer), wesentlich mitgewirkt habe, dürfte wohl noch besondere Untersuchung verdienen.

§. 15.

Gerichtliche Wiederherstellung des Ehren- und Dienstrechte.

Hieran reiht sich noch die Erwähnung des von der zweiten Kammer gefaßten Beschlusses, die Staatsregierung um Einschaltung eines Artikels des Inhalts zu bitten, daß derjenige, welcher den Verlust der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte erlitten habe, nach Erkenntniß der Gerichte die erstern wieder erwerben und der letztern wieder fähig werden solle, wenn er sich innerhalb einer näher zu bestimmenden Zeit keiner neuen in dem Strafgesetzbuche oder dem Polizeistrafgesetze mit Strafe bedrohten Uebertretung schuldig oder verdächtig gemacht habe. — Gegen eine solche Bestimmung war angeführt worden, daß sie theils den der zeitlichen Entziehung jener Rechte entgegengesetzten bleibenden Verlust derselben in eine blos zeitliche Entziehung verwandle und damit die Wirksamkeit jener Strafe aufhebe, theils, wenn blos die angeführten Umstände entscheiden sollten, dahin führe, daß der Schlech-

Digitized by Google

teste und Niederträchtigste, wenn er nur äußerlich gesetzlich sich betrage, restituirt werden müßte, theils, wenn in die Sphäre der Moralität, auf die Frage von wirklicher Besserung eingegangen werden sollte, eine schwer zu lösende Aufgabe enthielte und gegen die ausgesprochene Absicht der Kammer den persönlichen Ansichten des Richters zu großen Spielraum überlasse, und zugleich einen Eingriff oder Uebergriff des Richters in das Gebiet des Begnadigers enthalte, theils endlich darum ganz entbehrt werden könne, weil das Begnadigungsrecht zu dem gleichen Ziele führe, nur auf eine gleichförmigere und von persönlichen Ansichten nicht abhängige Weise. Anderer Seits wurde aber bemerkt, daß, wenn die Wiedererlangung der fraglichen Rechte von einer tadellosen Aufführung abhängig gemacht werde, dieses für den Gestraften ein Sporn sey, sich die Achtung seiner Mitbürger wieder zu erwerben, daß, wenn es ein erfreuliches Bestreben der gegenwärtigen Zeit sey, den Verbrecher gebessert aus der Strafanstalt zu entlassen, auch kein Mittel verschmäht werden sollte, welches geeigneter sey, diese Besserung auch außerhalb der Strafanstalt fortzusetzen; daß ja auch bei der Strafbemessung der Richter gewöhnlich in die Sphäre der Moralität eingreifen müsse; daß auch der badische Entwurf eine ähnliche Bestimmung enthalte; daß dieselbe keine Schmälerung des Begnadigungsrechts sey, da der Regent nicht verhindert sey, auch vor Abfluß der bestimmten Zeit zu begnadigen, und daß der unsichern Hoffnung auf Begnadigung ein Rechtsanspruch auf Wiedereinsetzung in die verlornen Rechte immer vorzuziehen sey.

§. 16.

Caution zur Befreiung der polizeilichen Aufsicht.

Die Commission hatte den Antrag gestellt, in Uebereinstimmung mit dem Entwurfe vom J. 1832 zu Be-

Digitized by Google

freiung von der eigentlichen polizeilichen Aufsicht und deren Folgen (Confinirung, zeitliche Wahlunfähigkeit und Gestattung von Haussuchung zu jeder Zeit) die Leistung einer gerichtlich zu bestimmenden Caution zuzulassen. Zu Begründung dieses Antrags wurde bemerkt, daß schon der Art. 176. der Carolina eine solche Caution kenne; daß diese freilich zwar nicht stets anwendbar und kein unbedingtes Mittel zu Verhütung eines drohenden Verbrechens sey, daß aber das Gleiche auch von der Polizeiaufsicht im Sinne des Entwurfs gelte; daß auch Unschuldige der Polizeiaufsicht unterworfen werden können und es daher wünschenswerth sey, die höchst lästigen Beschränkungen der persönlichen Freiheit, welche damit verbunden seyen, möglichst zu entfernen; daß die Cautionsleistung überdieß ein weit zweckmäßigeres Mittel zu Verhütung von Verbrechen sey, als die Polizeiaufsicht, die ihrer Natur nach mit jedem Tag aufs Neue erbittere; daß auch der Arme durch Andere die Caution stellen könne, wenn er Freunde und Credit habe, und daß die Unmöglichkeit der Cautionsleistung eben ein Unglück seyn würde, wie noch so manches Andere. Dagegen wurde angeführt, daß in Frankreich die Cautionsleistung neuerlich wieder aufgehoben worden sey; und daß sie häufig nicht das gewähre, was die Polizeiaufsicht gewähren würde. Der Antrag wurde ohne Umfrage angenommen. Die erste Kammer war jedoch damit nicht einverstanden. Bei der wiederholten Berathung in der zweiten Kammer wurde durch die entscheidende Stimme des Präsidenten der Beschluß zurückgenommen, jedoch dann beschlossen, daß Cautionsleistung, übrigens mit Suspension der Wahlrechte, zugelassen werden solle; bei fortdauerndem Widerspruche der ersten Kammer wurde aber der Antrag ganz verlassen.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

XI.

Die Begriffsverschiedenheit der römischen und deutschen Injurie.

Von

Hefftter.

Wie oft auch schon die criminalrechtliche Lehre von den Injurien durchsprochen seyn mag, immer scheint noch das Bedürfniß fortgesetzter theoretischer Durchdringung vorzuwalten; und man wird um so mehr dazu angezogen, je feiner und edler der Stoff ist, um den es sich handelt. Letzteres möge wenigstens den Verfasser entschuldigen, wenn er sich im Erstern täuschen sollte. Wohlbekannt mit den trefflichen Leistungen mancher Vorgänger auf diesem Felde, wollen wir uns möglichst hüten, oft Gesagtes und schon Feststehendes blos von Neuem zu sagen, uns auch lediglich auf die Inhaltsangabe der Ueberschrift beschränken.

Sollen die Schwankungen eines Rechtsbegriffs in der positiven Erscheinung und Praxis dargestellt werden, so ist nothwendig, den Begriff selbst schon erkannt zu haben und festzuhalten.

Ehre ist die positive Würdigkeit, welche dem Individuum sittlich und rechtlich gebührt. Sie äußert sich durch eine sittliche oder rechtliche Nöthigung Andrer zur Anerkennung und Schonung jener Würdigkeit, rückwirkend auch in dem eignen Gefühl, in dem Selbstbewußtseyn der Würdigkeit. Doch ist Letzteres nur ein subjecti-

Digitized by Google

des unwesentliches Element; man kann Ehre haben und erwerben, ohne sich dessen bewußt zu seyn.

Die Ehre im obigen Sinn beginnt nach dem Sittengesetz mit der menschlichen Existenz. Man ehrt in dem Individuum die Gattung, die Person; seine besondre Ehre heischt das Geschlecht; die Sittlichkeit des Einzelnen selbst, d. h. sein dem Sittengesetz entsprechendes Verhalten giebt einen Anspruch auf Ehre, die sich in dem guten Namen äußert, eben so jedes gute und schöne Streben. Die Ehre ist somit nichts andres, als die Person selbst und ihre sittliche Tüchtigkeit nach richtiger Würdigung.

Auch der Staat kann sich der Anerkennung und dem Schutz jener sittlichen Ansprüche nicht entziehen, weil sie naturgemäß und durch ihre Aufrechthaltung der Bestand des Staates selbst gesichert wird. Nur kann er diejenigen Ansprüche nicht unterstützen, deren richtige Würdigung außerhalb der Sphäre des allgemeinen sittlichen Urtheils liegt, wie Religiosität, Moralität und Gelehrtheit des Einzelnen. Andrerseits erweitert sich der Kreis der sittlichen Würdigkeit, mit der Bedeutung des Staatsbürgerthums und seiner verschiedenen Abstufungen, so wie mit besondern Verdiensten um den Staat.

So gestaltet sich demnach im Staat das Recht der Ehre (oder der sittlich rechtlichen Würdigkeit des Einzelnen) und das Recht auf Ehre (d. i. auf ehrende Anerkennung, denn beiderlei Bedeutung hat unser deutsches Wort) mit ihrem Gegensatz, dem Unrecht der Ehrenkränkung oder der Verneinung der Ehre des Individuums.

Wenden wir uns zu den römischen Rechtsansichten und Instituten.

Aus der ältesten bekannten Rechtsquelle, den zwölf Tafeln, sind uns nur Strafbestimmungen oder Bußen wegen Körperverletzung, wegen Charivaris und Schandlieder, endlich wegen jeder Injurie, einem Andern zuge-

Digitized by Google

fügt, überliefert [1]). Die eigentliche Cultur des letztern Begriffs beginnt aber erst später, mit dem prätorischen judicium injuriarum. Nach Cicero (pro Caec. c. 12.) lag hierbei das Wesen der Injurie in einer Krümmung der persönlichen Freiheit, der freiheitlichen Rechte; der Maaßstab der Strafe oder Buße in dem Schmerz, die der Beleidigte darüber empfinden muß. Eine ächt republikanische Auffassung! denn die Freiheit ist dem Republikaner sein Alles, sein Gut und seine Ehre; und in dem Begriff der Freiheit vereinigt sich jede Art von Würdigkeit, die physische, sittliche, staatsbürgerliche Persönlichkeit. Bald nachher bezeichnete Labeo (l. 1. §. 5. D. de injur.) als Object der Injurie das corpus, die dignitas und die fama, d. i. die physische Person, die sittlich rechtliche Person, und das sittliche Verhalten mit dem davon abhangenden Credit und guten Namen. Alle Beziehungen zusammen umfaßten die römischen Juristen nächstdem unter dem Wort existimatio, welches dem obigen Begriff der Ehre völlig entsprechend von Callistratus erklärt wird als status illaesae dignitatis, *legibus ac moribus* comprobatus; ein Zustand, welchem die opinio der Andern correspondirt und dessen Verletzung auf das eigne Ehrgefühl, den pudor, rückwirkt.

Wie viel nun unter der Existimatio, der sittlich rechtlichen Römer-Ehre, folglich auch unter den Richtungen des Delicts der Injurie enthalten war, ist schon öfter bemerkt worden [2]); es bedarf für unsern Zweck blos einer Angabe der Kategorie, nämlich 1) Unantastbarkeit der physischen Person und der darin wohnenden Geisteskräfte; 2) Unantastbarkeit der sittlich rechtlichen Persönlichkeit

1) Dirksen, Uebers. der 12 T. Fragm. S. 733 f.

2) Walter, im N. Archiv, IV. S. 243. Rossbirt, Lehrb. §. 195. Des Verfs. Lehrb. §. 297.

Digitized by Google

nach ihren verschiedenen Elementen, wie z. B. der ehrbaren Weiblichkeit; 3) Unantastbarkeit der rein staatsbürgerlichen Person in ihren politischen und bürgerlichen Freiheitsrechten, so wie 4) des mit dem sittlich staatsbürgerlichen Verhalten zusammenhangenden guten Namens. In allen diesen Beziehungen fand bei vorgekommenen Verletzungen die Injurienklage auf Buße Statt, ohne daß dabei ein Unterschied zwischen injuria in engerer und weiterer Bedeutung gemacht werden kann [3]); wesentlich ward dazu aber Absichtlichkeit des Thäters gefordert.

Blos als ein Moment der Strafbarkeit, oder vielmehr für die Einforderbarkeit der Strafe, welche eine Privatstrafe, eine Genugthuung für den Beleidigten wesentlich seyn sollte, nicht aber für den Thatbestand des Delicts an sich, kam auch noch in Betracht: daß der Beleidigte die zugefügte Kränkung empfunden und sich zu Gemüth gezogen haben mußte, sonst ward eine Dereliction der Injurie oder des Klagerechts angenommen (L. 11. §. 1. D. und §. 12. J. h. t.). Das absichtliche Nicht-Empfinden-Wollen wurde als Einwilligung in die verletzende Handlung angesehen und dadurch natürlich die Strafe aufgehoben, quia volenti non fit injuria, wie man sich auch eine Sache willig stehlen lassen kann und damit die actio furti aufgehoben wird. Gleichgiltig mußte dabei seyn, ob das Uebersehen der Beleidigung in einer moralisch guten oder verwerflichen Triebfeder seinen Grund hatte; war Gemeinheit der Gesinnung die Ursache, so verdiente sie keine Genugthuung. Natürlich ward übrigens zu einer der-

3) Daß injuria im Allgemeinen jedes Unrecht bezeichnete, wird natürlich nicht geleugnet; nur in Beziehung auf die actio, das judicium injuriarum, ist eine mehrfache Bedeutung des Wortes in den Quellen nicht indicirt, vielmehr immer an die von Ulpian in l. 1. pr. angegebene specielle, eigenthümlich juristische Bedeutung, d. i. an eine contumelia, zu denken.

Digitized by Google

derartigen Derelictio oder Dissimulatio der Injurie ein Fühlenkönnen vorausgesetzt; bei Personen, welche dessen ermangelten, z. B. bei Kindern und Gemüthskranken, kam das gedachte Moment in keinen Betracht.

Dies ist nun aber auch die einzige subjective Rücksicht, welche das römische Recht bei der Injurie nimmt; der Begriff des Delicts ist außerdem ganz objectiv gehalten. Befremden kann bei ihm nur die große Ausdehnung des Delicts, in sofern dasselbe nicht allein gegen die staatsbürgerliche Persönlichkeit im Ganzen, d. i. die mit dem Bürgerthum oder der Staatsgenossenschaft an sich verbundene Ehre, sondern auch gegen die einzelnen darin mitenthaltenen Rechte gerichtet werden konnte, sogar gegen die davon nur mittelbar abhängigen Rechte, wie z. B. die Hinderung des Eigenthümers am Gebrauch seiner Sache oder die Hinderung am ungestörten Gebrauch einer res communis als Injurie gestraft werden konnte (Lehrb. §. 299.), ferner die Störung des Hausrechts, der hausväterlichen Gewalt, die Beunruhigung durch einen Prozeß und dergl. mehr. Man könnte freilich sagen: es sey überall ein per injuriam oder contumeliae causa Handeln vorausgesetzt worden, wie auch öfter angedeutet wird, eine Handlungsweise also, wodurch sich der Andre in seiner staatsbürgerlichen Persönlichkeit versetzt haben konnte; indessen ist eine solche allgemeinere Beziehung den von den römischen Juristen erwähnten Fällen schwer abzugewinnen. So ist namentlich nicht abzusehen, wie man durch eine blos vexatorische Vorladung vor Gericht die Dignitas eines römischen Staatsgenossen verletzt halten konnte (l. 13. §. 3. D. h. t.), mochte der Vorladende auch noch so sehr eine Kränkung des Andern beabsichtigen, sofern nicht in der Art oder dem Gegenstand der Ladung eine Kränkung hervortrat. Eher wird man daher annehmen müssen, daß bei dem hohen Werth, den man auf die Person legte, jede

Digitized by Google

absichtliche unbefugte Kränkung des davon abhängigen Rechtsstandes als Injurie betrachtet ward, eine Ausdehnung, die nicht sowohl aus einem feinen Ehrgefühl als vielmehr aus einem tiefgewurzelten Sinn für Recht und Freiheit zu erklären seyn dürfte. Denn was das Ehrgefühl, in unsrer jetzigen Auffassungsweise, betrifft, so scheinen die Römer wenigstens auf verletzende Worte kein besonderes Gewicht gelegt zu haben, oder in diesem Stück nicht besonders reizbar gewesen zu seyn; wie ließe sich sonst jene beleidigende Conversation zwischen Cicero und Clodius, wie der heftige Ausbruch des Erstern gegen L. Piso in einer öffentlichen Rede als möglich denken!

Wie verhält sich nun hierzu unser deutsches Recht? und zwar zuerst unser altes, aus dem deutschen Volksthum selbst hervorgegangene? Hier tritt uns vor Allem ein höchst bedeutsamer Unterschied entgegen, die Scheidung von Recht und Ehre. Die Person hatte ihr bestimmtes Recht in ihrem Ganzen, wie für ihre einzelnen Theile und das von ihr abhängige Besitzthum; für Alles fand sie ihren besondern Rechtsschutz; jede Verletzung hatte ihre eigenthümliche Schätzung. Daneben stand die Ehre des Mannes und Weibes, oder der ungeschmälerte Besitz sittlicher Unbescholtenheit, unverwirkt durch ein dem sittlichen Urtheil der Staats- oder Standesgenossen widersprechendes, wenigstens anstößiges Verhalten. Die germanische Ehre ist eben wesentlich nur die Unbescholtenheit der Person und die darauf gegründete Achtung der Genossen. Jeder sittlich Unbescholtene hatte seine Ehre, sogar der Leibeigene (Sachsenssp. 2, 19 a. E.), natürlich modificirte sie sich nach den Ständen, wie nach den Geschlechtern; denn anerkannt war die Eigenthümlichkeit der weiblichen Ehre (ebds. 1, 5, 2.). Die Ehre war im Ganzen unabhängig vom Recht der Person. Das Recht konnte besonders, in größerm oder geringerm Umfang — namentlich mit Rechtlosigkeit —

Digitized by Google

verwirkt werden, eben so die Ehre besonders, wiewohl nur ganz und nicht theilweise; freilich auch beide zusammen. So bildete denn die Ehre eine eigenthümliche Seite an der germanischen Person. Ihre Verletzung durch einen Andern, so weit sie nicht mit einem bestimmten Verbrechen verbunden war, wie z. B. die Verletzung der weiblichen Ehre durch Nothzucht, war ohne Zweifel mehr der Privatrache anheimgegeben, als durch das Recht regulirt. Das alte Sprichwort: auf eine Ohrfeige gehört ein Dolch, giebt darüber ein redendes Zeugniß; und so erklärt sich die Magerkeit der ältern Gesetze über die eigentlichen Ehrenkränkungen. Der Verhalt derselben ist aber im Wesentlichen dieser:

Alle unmittelbaren Real-Injurien gegen die physische Person sind lediglich aus dem Gesichtspunkt der Verwundungen, Lähmden und Schläge, mithin als Körperverletzungen mit Strafe oder Buße bedroht. Seine besondere Strafe hatte auch Störung des Hausrechts und der Angriff auf weibliche Schamhaftigkeit.

Daneben ist nur noch die Schelte oder die wörtliche Beschimpfung regelmäßig verpönt, und als ein wider die Ehre gehendes Handeln aufgefaßt; auch wurden bei der Bestrafung oder vielmehr Abbüßung aller dieser Delicte die Standesverhältnisse des Verletzten berücksichtigt.

In dieser Ausbildung erscheint das Recht unsrer Vorfahren in fortgesetzter Entwickelung seit den ältesten Volksrechten (L. Sal. 32, 3—8. L. Alam. 96. 59. Bajuv. 7, 3—5.) bis in das spätere Mittelalter, vornehmlich nach Sachsensp. 2, 16, 8. und Schwabensp. 105, 112. 118, 6. Snkb., welcher letztere nur noch das Verbrechen der Verleumdung aus den päbstlichen Constitutionen im Cap. 116. eingeflickt hat. Wie sich dieses einfache Recht gegen das eindringende römische Recht zu behaupten wußte, sehen wir unter Anderm aus dem letzter

Digitized by Google

Capitel des Richtsteig Landrechts, zweiten Buches (bei Senkenb. S. 244 f.), und noch in den Statuten des sechzehnten Jahrhunderts findet sich das ältere System, wie man sich leicht überzeugen kann, wenn man z. B. nur die bei Pufendorf in den Anhängen zu seinen Obs. jur. univ. abgedruckten einsieht, namentlich t. II. p. 62., t. III. p. 9. 18. 25. 160. 337., t. IV. p. 247. 250.

Erst der gelehrtern Richtung der deutschen Jurisprudenz, vornehmlich also seit Carpzov, ist es gelungen, dem römischen Recht auch in Betreff der Injurie allenthalben seine volle Geltung zu verschaffen; nur einige wenige, nicht einmal aus dem einheimischen Recht unmittelbar übernommene, als vielmehr durch den Gebrauch der geistlichen Gerichte in Gang gekommene [4]) Injurienstrafen, wie Abbitte und Widerruf, haben sich ihm beigesellt.

Allerdings bleibt aber noch der Zweifel übrig, ob das römische Recht der Injurie in seinem ganzen Umfang und mit dem dabei zum Grunde liegenden Begriff bei uns aufgenommen sey. Nach der historischen Gestaltung des deutschen Rechtszustandes kann gleichwohl, abgesehen von particulären Rechten, die bejahende Annahme kein Bedenken haben, nur versteht sich von selbst, daß von dem fremden Recht jede unsern eignen Sitten fremde oder widersprechende Seite in der Anwendung abzusondern ist. Dies ist mithin der eigentliche Cardinalpunkt der Frage; es kommt darauf an, die deutsche sittlich rechtliche Ansicht im Betreff der Ehrenkränkungen und dadurch entweder die Uebereinstimmung mit dem römischen Recht oder dessen Divergenz, so wie die dadurch entstehende Modification seiner Anwendbarkeit zu ermitteln.

Daß das römische Recht von einer hohen Idee der Person und ihrer rechtlichen Würdigkeit ausgeht, ist oben

4) J. H. Boehmer, J. E. P. V, 29, 1.

Digitized by Google

gezeigt, im Allgemeinen auch nicht zu leugnen, daß wir uns in neuester Zeit bei weitem mehr jener Idee politisch angenähert haben, als es vormals der Fall war. Dennoch ist es bei uns keineswegs zu einem römischen Bürgerthum gekommen; unsre Begriffe von Ehre sind nicht völlig adäquat der römischen Existimatio, jedenfalls nicht unsre Begriffe von Ehrenkränkungen. Nach unsern Vorstellungen besteht die Ehre des Individuums wesentlich in seiner anerkannten oder anzuerkennenden Unbescholtenheit, diese aber beruht theils auf dem sittlich-rechtlichen Wohlverhalten, theils darauf, daß man keine Behandlung duldet, welche in den Augen der Staats- oder Standesgenossen herabwürdigen kann. (Letzteres ist der Punkt, woran sich das Duell anschließt.) Unsre Ehre ist bei weitem mehr etwas Aeußerliches, außerhalb der Person Liegendes, als die römische Existimatio, für dessen Minderung und Antastung daher auch ein anderer, äußerlicher Ersatz gegeben werden muß, als das römische Injurienjudicium gewährt. Freilich hängt dieses äußere Daseyn der Ehre von der Behauptung der sittlich rechtlichen Würde ab, welche dem Menschen, dem Geschlecht, dem Staatsbürgerthum in seinen verschiedenen Kategorien beiwohnt, worin auch der Begriff der römischen Existimatio besteht; indessen liegt das nähere Regulativ hierbei immer in der öffentlichen Meinung und eben diese bestimmt, nach sittlicher volksthümlicher Ansicht, wodurch und wie man seine Würde verletzt halten kann. Nicht jede Verletzung der menschlichen oder bürgerlichen Würde an sich ist eine Ehrenkränkung, wie bei den Römern, sondern nur dann ist sie es, wenn die Duldung der Verletzung in der öffentlichen Meinung herabwürdigen würde. Das Gesetz muß diese Meinung berücksichtigen, weil sie sich sonst auf ungesetzlichem Wege ihr Recht sucht und constituirt, wie die Geschichte des Duells beweiset. Bei den Römern war dieses eigenthümliche Pouvoir zwar

Digitized by Google

nicht gänzlich mißkannt, jedoch keineswegs so vorherrschend, als bei den germanischen Völkern, wo es in einem besonders reizbaren Scham- und Ehrgefühl einen stets zugänglichen Heerd gefunden hat.

Schwerlich wird nun in Deutschland die öffentliche Meinung oder sittliche Volksansicht eine Verletzung der menschlichen oder bürgerlichen Würde an sich schon darin finden, wenn der Einzelne durch einen Andern im Gebrauche seines Eigenthums gehindert wird. Auch die Störung des Hausrechts möchte ohne das Daseyn besonderer Umstände, und vornehmlich wenn sie ohne Beziehung auf die Person des Hausvaters oder seiner Familienglieder verübt seyn sollte, schwerlich in der Volksansicht als eine Ehrenkränkung angesehen werden, so wenig als die Prapalirung eines anvertrauten Testaments u. dergl. mehr. Ueberhaupt wird man es als eine noch jetzt fortbestehende Rechtsmaxime betrachten dürfen, daß niemals die Verletzung einzelner Rechte der physischen oder bürgerlichen Person ein Object der Injurie, sondern nur die Person selbst und ihre Stellung zur öffentlichen Meinung ein solches abgeben kann.

Ganz auf diesem Standpunkt halten sich die neuern deutschen Gesetzgebungen, auf welche es nur eines Blicks bedarf. Man wird darnach für das gemeine deutsche Recht mit Sicherheit behaupten dürfen, daß das römische Recht und sein Begriff der Injurie, als einer absichtlichen rechtswidrigen Kränkung der bürgerlichen Persönlichkeit, nur mit der Modification angenommen werden kann: in sofern sich der Verletzte dadurch nach der sittlichen Ansicht der Staats- und Standesgenossen an seiner Ehre gekränkt fühlen kann. Hiermit dürfte alles hinlänglich bestimmt seyn; diejenigen Fälle der römischen Injurie, welche durch die gedachte Modification ausgeschlossen werden, sind lediglich dem Civilforum zu überweisen.

Digitized by Google

Getreuer dem ältern deutschen Recht ist die nordische, namentlich dänische [5]) Gesetzgebung und Rechtsbildung geblieben; eben so die französische. Nach der letztern ist jede unmittelbare gewaltsame Behandlung der Person von dem Begriff der Injurie ausgeschieden; es giebt in soweit keine Realinjurien; nur die wörtliche und symbolische Injurie bleibt übrig. Wir halten dieses System für das einfachste und bestimmteste, welches ein Gesetzgeber ergreifen kann, und würden nur glauben, daß das Schimpfliche einer gewaltsamen Behandlung als Grund erhöhter Strafe anerkannt werden müßte.

5) S. Dreier de injur. realib. Resp. Jacob. Havn. 1825.

Digitized by Google

XII.

Erörterung der Lehre von der Begünstigung der Verbrechen

unter Berücksichtigung des würtembergischen und badischen Strafgesetz-Entwurfs, so wie des unterdessen erschienenen k. sächsischen Strafgesetzes.

Von

Herrn Hofgerichtsrath A. Sander

in Rastatt.

(Beschluß der Abhandlung XVII. im 3ten Stück 1838.)

§. 8. Strafe der Begünstigung nach den Bestimmungen der Rechtslehrer und neuerer Gesetze. Betrachtungen darüber.

Wenn man die Strafbestimmung als den Schluß aus den Bestimmungen des Thatbestandes einer verbrecherischen Vorkommniß betrachtet, so wird man da, wo die Grundzüge des Thatbestandes schwankend und nicht scharf abgegrenzt sind, auch finden, daß die Bestimmungen über die Strafe der verbrecherischen Vorkommniß einer scharfen Grenze nicht theilhaftig sind. So ist es denn auch bei der Begünstigung von Verbrechen der Fall. Die Rechtslehrer, noch zu sehr unter dem Einfluß stehend, daß die Begünstigung eine Art der Theilnahme an einem Verbrechen ist, begnügen sich damit, für die Begünstiger den niedrigsten Grad der Strafe der Theilnehmer vorzuschreiben, womit

Digitized by Google

auch das baierische Gesetz im Art. 84. übereinstimmt, da es den Begünstiger gleich einem Gehülfen des dritten Grades bestraft wissen will. Die neueren Gesetzbücher, den Begünstiger von dem Gehülfen mehr unterscheidend, bestimmen dagegen dem ersten eine besondere Strafe, sind aber in deren Größe äußerst verschieden von einander; denn indem z. B. das sächsische Gesetz den Begünstiger des Artikels 38. und 239. mit einer höchstens das Drittel der Strafe des begünstigten Verbrechens erreichenden Strafe bedroht, darin aber bei den mit Todesstrafe oder lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechen bis auf 10 Jahre Zuchthaus 1sten Grades im Art. 46. und im Fall des Art. 239. bis auf sechs Jahre Zuchthaus 2ten Grades steigt, belegen das würtembergische Gesetz im Art. 84. und das badische im §. 121. den Begünstiger mit Gefängnißstrafe oder Geldstrafe, und steigen nur bei der gewerbsmäßigen Begünstigung, abgesehen von besondern Fällen, bis zu Arbeitshausstrafe. Auf die Art und Weise, wie die Begünstigung geschah, so wie auf die Absicht des Begünstigers bei seinen Handlungen nehmen aber alle diese Gesetze bei Ausmessung der Strafe innerhalb des vorgeschriebenen Maaßes keine Rücksicht, sondern schreiben dem richterlichen Ermessen nur eine Rücksicht auf die Größe und Beschaffenheit des begünstigten Hauptverbrechens als einzige Richtschnur der nähern Ausmessung der Strafe vor. Beide letztere Gesetze lassen jedoch Ehegatten, Verwandte und Verschwägerte in auf- und absteigender Linie ohne Unterschied des Grades, Geschwister und Schwäger, Vormünder und Mündel, Pflegeltern und Pflegkinder von der Strafe der Begünstigung frei, wenn diese, wie das würtembergische Gesetz sagt, blos zum persönlichen Schutz des Thäters, oder wie das badische Gesetz sagt, zum Schutze des Thäters gegen Entdeckung oder gerichtliche Verfolgung Statt gefunden hat, während das sächsische

Digitized by Google

Gesetz im Art. 41. unter diesen Personen Vormünder und Mündel von der Strafe der zum Schutz des Thäters unternommenen Begünstigung nicht frei läßt, und bei der durch Parthiererei und Hehlerei in Beziehung auf Verbrechen gegen das Eigenthum unternommenen Begünstigung im Art. 239. nur Ehegatten und Kinder nicht straft, wenn ein Nutzen aus einem solchen Verbrechen, der ihnen zu gut gekommen ist, als ein nöthiger Unterhaltsempfang zu achten ist.

Ein gemeinsamer Fehler aller dieser gesetzlichen Bestimmungen scheint nun der zu seyn, daß sie bei der Bestrafung der Begünstigung lediglich keine Rücksicht auf die eigene Verschuldung des Begünstigers, auf den Grund warum er begünstigt, auf die Art und Weise wie er begünstigt, und auf die Absicht nehmen, weshalb er begünstigt, sondern daß sie die Ausmessung der Strafe nur nach der Größe und der Beschaffenheit des begünstigten Hauptverbrechens gerichtet wissen wollen. Es läßt sich zwar nicht verkennen, daß die Größe des begünstigten Hauptverbrechens immerhin ein Richtpunkt der Strafe bleiben muß, weil die Begünstigung als Nebenverbrechen des begünstigten Hauptverbrechens in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem letztern steht, und daher auch von seinem eigenen Strafverhältniß mehr oder weniger aber immerhin gewiß ergriffen wird. Allein eben weil die Begünstigung doch wieder die Natur einer besondern Verbrechenshandlung hat, so muß sie nothwendigerweise in ihrer eigenen Handlung Richtpunkte haben, welche die Größe ihrer Strafe bestimmen. Es liegt klar am Tage, daß Jener, welcher einen ihm befreundeten Verbrecher, und wenn er ein Todtschläger ist, aus reinem Mitleiden begünstigt weniger strafbar ist, als Jener, der einen Dieb begünstigt, und von ihm als Lohn der Begünstigung einen Theil der entwendeten Sachen empfängt, und doch

Digitized by Google

wird der Erstere nach der Größe des schwerern Verbrechens härter bestraft, als der Letztere. Ja es wird dieser Fehler bei dem würtembergischen und badischen Gesetze noch um so größer, als sie die Ausmessung der Strafe der Begünstigung nur auf die Größe und Beschaffenheit des Hauptverbrechens richten, und dabei übersehen, daß der Begünstiger, eben weil er seine Begünstigung erst nach vollendetem Verbrechen eintreten läßt, keine unmittelbare Kenntniß von dem Hauptverbrechen hat, sondern solche in den meisten Fällen nur von dem Hauptverbrecher erhält, so daß also nicht die Größe und Beschaffenheit des Hauptverbrechens die Strafe der Begünstigung bestimmen kann, sondern nur die Kenntniß des Begünstigers, welche er von dem Hauptverbrechen besitzt. Wenn ein Raubmörder begünstigt, wenn er der gerichtlichen Verfolgung entzogen wird, so kann der Begünstiger gewiß nicht nach der Beschaffenheit des Hauptverbrechens des Raubmords bestraft werden, wenn sich ihm der Raubmörder nur als ein einfacher Dieb vorstellte, und er in dieser Kenntniß ihm die Flucht erleichterte. Das würtembergische Gesetz hat Vorstehendes auch nicht gänzlich verkannt, indem es im Art. 324. den Diebshehler, den es als eine ausgezeichnete Art des Begünstigers betrachtet, nach dem Grade seiner Verschuldung und im Verhältniß der Strafe des Diebes bestraft wissen will, während das sächsische Gesetz im Art. 239. bei der Hehlerei in Bestimmung der Strafe unter Berücksichtigung des erlangten Gewinns abermals einen weitern Ausmessungspunkt der Strafe anführt, als den alleinigen nach der Größe des Hauptverbrechens. Allein beide Gesetze führen diese Richtpunkte der Strafe nur bei der Hehlerei an, und lassen es hinsichtlich der allgemeinen zumal auf Begünstigung des Verbrechers zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung gerichteten Handlung des Begünstigers bei der alleinigen

Digitized by Google

Ausmessung der Strafe nach der Größe und Beschaffenheit des Hauptverbrechens bewenden, geben jedoch in der bedeutenden Verschiedenheit ihrer Strafsätze, wo das sächsische Gesetz 10 Jahre Zuchthaus des 1sten Grades, und das würtembergische 2 Jahre Kreisgefängniß als Maximum aufstellt, auf das gewisseste zu erkennen, daß man über die Beschaffenheit und Strafbarkeit der Begünstigung bei weitem noch nicht im Reinen ist. Uebrigens scheint man sich im Laufe der Zeit immer mehr und mehr zur Trennung der Begünstigung von der Theilnahme an Verbrechen und damit zu einer mildern Bestrafung der Begünstigung zu entschließen, indem der badische Entwurf als das späteste Gesetz der Begünstigung sogar als Maximum nur ein Jahr Kreisgefängniß vorschreibt, was doch wahrlich mit den 10 Jahren Zuchthaus des sächsischen Gesetzes in gar keinem Verhältniß steht, und mit Sicherheit schließen läßt, daß entweder das sächsische Gesetz zu hart, oder der badische Entwurf zu gelinde straft.

Die große Unsicherheit, in der man sich noch über den Begriff und die Strafbarkeit der Begünstigung befindet, leuchtet aber am besten aus den Bestimmungen hervor, welche die neueren Gesetze über die Fälle der Straflosigkeit der Begünstigung ertheilen, indem aus ihnen leicht zu entnehmen ist, daß man sich zwar einer ganz verschiedenen Richtung der Begünstigung in der Art und Weise ihres Erscheinens, so wie in dem damit beabsichtigten Zweck bewußt ist, daß man aber noch nicht zu dem Schritt gekommen ist, bei dieser Verschiedenheit den Begriff der Begünstigung näher zu bestimmen, ihr Vorkommen schärfer zu unterscheiden, und ihre Strafbarkeit genauer zu bezeichnen.

Nimmt man nämlich das sächsische Gesetz zur Hand, so schreibt der Art. 38. ganz allgemein vor, daß Der als Begünstiger des verübten Verbrechens zu bestrafen sey,

Digitized by Google

der einem Verbrecher nach vollbrachter That durch Verhehlung oder Unterstützung zur Flucht, durch Verbergung oder Wegschaffung der Gegenstände des Verbrechens, durch Unterdrückung oder Vernichtung der Spuren oder Anzeichen der strafbaren Handlung Beihülfe leistet, und für diese Handlungen führt der Art. 41. hinsichtlich der dort erwähnten nahe verwandten Personen eine Strafloſigkeit ein, in sofern sie nur zum persönlichen Schutze des Thäters Statt gefunden haben. Im Art. 239. mit der Aufschrift Parthiererei oder Hehlerei in Beziehung auf Verbrechen gegen das Eigenthum werden dagegen diejenigen, welche fremde von den Besitzern auf widerrechtliche Weise erlangte Gegenstände wissentlich als solche bei sich aufnehmen, verbergen, an sich bringen, zu deren Absatz an Andere mitwirken, oder auf einige Weise Nutzen davon ziehen, ohne Rücksicht ihres persönlichen Verhältnisses zum Hauptverbrecher als Begünstiger bestraft; doch wird für Eheweiber und Kinder die Ausnahme gemacht, daß das Empfangen des nöthigen Unterhalts aus den auf widerrechtliche Weise erlangten Gegenständen nicht für ein unerlaubter Gewinn zu erachten ist. Wer aber wissentlich Dieben oder Räubern Auflage bei sich verstattet, oder aus dem Vertrieb gestohlener oder geraubter Sachen ein Gewerbe macht, ist mit Arbeitshaus von einem Jahre bis zu sechs Jahren Zuchthaus zu strafen.

Das würtembergische Gesetz hält dagegen Den der Begünstigung für schuldig, der einem Verbrecher in Beziehung auf ein Verbrechen beförderlich ist, und führt in dieser Beziehung unter drei Nummern mehrere Beispiele an, doch nimmt es im Art. 86. nahe verwandte Personen von der Strafe aus, wenn die Begünstigung blos zum persönlichen Schutz des Thäters Statt gefunden hat. Im Art. 85. straft es aber die gewerbsmäßige Begünstigung von Verbrechen mit Arbeitshaus, und im Art. 324.

Digitized by Google

straft es Jenen, der dem Diebe in eigennütziger Absicht Unterschleif giebt, Waaren, die ihm als gestohlene bekannt sind, bei sich aufnimmt, verbirgt, an sich bringt, oder zu deren Absatz an Andere verhilft, als Diebshehler ohne Unterschied seines Verwandtschaftsverhältnisses zum Thäter mit Gefängniß, und Jenen, der dieses gewerbsmäßig betreibt, nach Art. 85. mit Arbeitshaus. Der badische Entwurf endlich hält Jenen der Begünstigung schuldig, der dem Verbrecher hinsichtlich der Erlangung oder des Genusses der Vortheile aus dem Verbrechen förderlich, oder ihm zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung behülflich ist. Wer sich der Begünstigung von Verbrechen gewerbsmäßig schuldig macht, wird nach §. 122. mit Arbeitshaus bestraft; und nach §. 123. sind die darin angeführten nahe verwandten Personen von der Strafe der Begünstigung frei, wenn diese blos zum Schutz des Thäters gegen Entdeckung oder gerichtliche Verfolgung Statt gefunden hat. Besondere Bestimmungen über Diebshehlerei enthält der badische Entwurf bis jetzt nicht.

Bei Gegenüberstellung dieser drei Gesetze ersieht man nun alsbald, daß sie bei Aufstellung des allgemeinen Begriffs und der allgemeinen Strafe der Begünstigung auf den Grund der Begünstigung lediglich kein Gewicht legen, sondern sich in dieser Beziehung mit dem Erfolg der Begünstigung und ihrer Absicht dahin begnügen, daß sie dem Hauptverbrecher auf irgend eine Weise in Hinsicht seines Verbrechens förderlich ist. Erst bei der Strafbestimmung lassen diese Gesetze einen Unterschied in der Begünstigung hinsichtlich des Grundes, warum sie geschehen ist, durchscheinen, indem sie die blos zum Schutz des Thäters vor Entdeckung oder gerichtlicher Verfolgung unternommene Begünstigung an nahe verwandten Personen für straflos erklären, und also noch eine andere Art der Begünstigung unterstellen müssen, welche auch an diesen nahe verwand-

Digitized by Google

ten Personen strafbar, eben deshalb aber auch strafwürdiger als die nur zum persönlichen Schutze des Thäters vorgenommene Begünstigung ist. Welches ist aber diese Begünstigung und woran ist sie zu erkennen? Darüber geben nun die drei Gesetze keine bestimmte Auskunft, doch geht aus ihren Bestimmungen über die Diebshehlerei mit ziemlicher Gewißheit hervor, daß sie der zum alleinigen persönlichen Schutz des Thäters vorgenommenen Begünstigung die aus Eigennutz unternommene Begünstigung gegenüberstellen, und diese selbst an den Verwandten des Thäters bestraft wissen wollen, wobei das sächsische Gesetz nur noch eine Ausnahme für die Eheweiber und Kinder des Thäters macht, in sofern der aus dem begünstigten Verbrechen empfangene Nutzen als ein nöthiger Unterhalt zu betrachten ist. Wo aber eine gewerbsmäßige Begünstigung Statt findet, da soll nach allen drei Gesetzen allgemein eine und zwar härtere Strafe eintreten, was denn hauptsächlich beweist, daß die Gesetze die eigennützige Begünstigung besonders auszeichnen, indem die Gewerbsmäßigkeit der Betreibung der Verbrechensbegünstigung deshalb offenbar auf den Eigennutz als Grund der Begünstigung hinweist, weil man zum alleinigen persönlichen Schutz eines Thäters kein Gewerbe aus der Begünstigung von Verbrechen macht, sondern nur zur Befriedigung seines Vortheils, also aus Eigennutz. So wie es aber sicher ist, daß die Gesetze hinsichtlich der Strafe der Begünstigung zwischen der zum alleinigen persönlichen Schutz des Verbrechers und der aus Eigennutz unternommenen Begünstigung unterscheiden, so wie es richtig ist, daß sie die gewerbsmäßig betriebene eigennützige Begünstigung besonders auszeichnen, so sollte dieser aus dem Grund und dem Zweck der Begünstigung entnommene Unterschied auch auf den Begriff und den Thatbestand der Begünstigung, so wie auf die allgemeine Ausmessung der

Digitized by Google

Strafe einen um so deutlichern Einfluß haben, als nur mittelst dieser den drei Gesetzen der Sache nach unterliegenden und sich dadurch als wahr und richtig erweisenden Unterscheidung das Wesen der Begünstigung in das gehörige Licht gesetzt werden kann.

§. 9. Versuch einer Feststellung des Wesens und des Thatbestandes der Begünstigung von Verbrechen.

Alle menschliche Handlungen als erkennbare Erscheinungen der Außenwelt hängen hinsichtlich ihres Verhältnisses zum Recht zusammen, so daß sie nicht nur als Gegenstand des Strafrechts, sondern auch als Gegenstand des bürgerlichen Rechts in einem Zusammenhang und in einem Verhältniß stehen, in welchem sie äußerlich ähnlich, doch in die Verschiedenheit dieses beiderlei Rechts übergehen. Je größer nun die Rechtsverletzung in einer Handlung des Menschen bezüglich des Strafrechts ist, um desto erkennbarer ist die Handlung als eine vom Strafgesetz erfaßte äußerliche Handlung eines Menschen, und um so unterscheidbarer ist sie von andern eine vom Strafgesetz nicht bedrohte Rechtsverletzung enthaltenden Handlungen. Je geringer aber eine Rechtsverletzung in einer Handlung ist, um desto näher grenzt sie an Handlungen des Menschen, welche dem Strafgesetz wenigstens gleichgültig sind, und um desto nothwendiger ist es, daß der Gesetzgeber sie genau bestimmt, damit nicht bei einer ungenauen Grenzbestimmung unter die noch strafbare Handlung auch solche Handlungen fallen, welche dem Strafrecht gleichgültig und kein Gegenstand seiner Strafdrohung sind, und eben wegen ihres Zusammenhangs und ihrer Angrenzung an die ihnen nahe liegenden vom Strafgesetz nicht zu erfassenden Handlungen sind sie selbst wieder schwerer zu bestimmen, wie es z. B. eine bekannte Sache ist, daß das Ver-

bre-

Digitized by Google

brechen des Todtschlags leichter zu bestimmen ist, als das des Betrugs. Wenn man aber bedenkt, daß die Begünstigung von Verbrechen jedenfalls in einer Handlung liegt, welche einem schon vollendeten Verbrechen nachgefolgt ist, also das Verbrechen selbst in keiner Weise zu Stande gebracht hat, so liegt schon darin der Beweis, daß die Begünstigung eines der letzten Glieder der Kette von Verbrechenshandlungen ist, welche das Strafgesetz erfaßt, daß sie eben deshalb an solche Handlungen grenzt, welche dem Strafgesetz nicht mehr unterstehen, und daß also ihre scharfe Bestimmung und genaue Abgrenzung sehr nothwendig, aber auch nicht leicht ist.

Fängt man nun in der Bestimmung der Begünstigung von Verbrechen hinsichtlich ihrer äußern Erscheinung, ihres Erfolgs und Zwecks mit den ganz unbestrittenen und unbestreitbaren Erfordernissen der sie darstellenden Handlung an, so muß man als erstes Erforderniß die Eigenschaft der Handlung voranstellen, daß sie in Kenntniß eines geschehenen Verbrechens geschehen ist, weil die ohne Kenntniß eines geschehenen Verbrechens in Bezug auf den Verbrecher oder das Verbrechen vorgenommene Handlung nicht eine Begünstigung des von einem Andern vorgenommenen Verbrechens seyn kann, sondern nur in sich strafbar eine eigenthümliche Verbrechenshandlung ist, oder in sich nicht vom Strafgesetz ergriffen, eine dem Strafgesetz gleichgültige Handlung ist. Der badische Gesetzentwurf hat diese Kenntniß deshalb alsbald in die allgemeine Bestimmung der Begünstigung mit Recht aufgenommen, und in dem würtembergischen Gesetz wurde diese Kenntniß durch Einschaltung des Worts wissentlich gleichfalls bei der stattgehabten Discussion als zum Wesen der Begünstigung gehörend erklärt, und wenn schon das sächsische Gesetz im Allgemeinen Art. 38. diese Kenntniß nicht in die Begriffsbestimmung der Begünstigung aufnahm, so hat es doch bei

Digitized by Google

dem besondern Art. 239. hinsichtlich der Hehlerei die Kenntniß des geschehenen Verbrechens als hier nothwendig durch den Gebrauch des Worts wissentlich gleichfalls für nöthig erachtet, so daß es wohl keinem Zweifel unterliegt, daß es auch bei der allgemeinen Begünstigung diese Kenntniß als Hauptgrundlage ihres Begriffs verlangt. Eine zweite unbestrittene und unbestreitbare Eigenschaft der Begünstigungshandlungen ist die, daß sie erst nach vollendetem Verbrechen und ohne vorhergegangene Zusage ihrer Vornahme an den Verbrecher geschehen seyn müssen; denn treten sie in Kenntniß eines in der Vornahme noch begriffenen und noch nicht vollendeten Verbrechens ein, und stehen sie in einer Beziehung auf das Verbrechen, welches in der Vornahme noch begriffen ist, so sind sie Handlungen der Mitwirkung, der Hülfe zu dem Verbrechen selbst, und der Thäter fällt alsdann unter den Begriff des Gehülfen eines Verbrechens, oder des Theilnehmers, nicht aber des Begünstigers. Sämmtliche neuere Gesetze sind auch darüber einig, allein sie drücken alle drei dieses Erforderniß offenbar damit nicht scharf genug aus, daß sie nur von Handlungen der Begünstigung sprechen, welche nach vollbrachter That des Hauptverbrechens geschehen; denn es ist schon im §. 7. dieser Abhandlung wohl mit Grund gezeigt worden, daß der Ausdruck vollbrachte That keineswegs das Haupterforderniß der Begünstigung, welches hier in Frage steht, die Vollendung des Hauptverbrechens bestimmt bezeichnet, und es wird sich daher nicht bezweifeln lassen, daß bei der Begriffsbestimmung der Begünstigung der Ausdruck nach vollendeter That gewählt werden muß. Ja es scheint sogar, daß dieser Ausdruck noch nicht gänzlich hinreicht, um die Begünstigung zu ihrer Unterscheidung von der jedenfalls schwerern Beihülfe gehörig zu unterscheiden. Nimmt man z. B. den Fall an, daß ein Dieb die entwendeten Sachen schon aus ihrem Behältniß

Digitized by Google

herausgenommen und zusammengepackt hat, und daß er mit seinem Pack schon im Begriff steht, das Haus, worin er den Diebstahl begangen hat, zu verlassen. Unter der Hausthüre begegnet ihm nun der Diener des Bestohlenen, er entdeckt alsbald den Diebstahl, er kann Lärmen machen, den Dieb festhalten. Anstatt dessen nimmt er aber vom Diebe Geld an, und läßt ihn mit den gestohlenen Sachen ruhig und unbeschrieen sich entfernen. Nach der gegenwärtig wohl meistens angenommenen, dem würtembergischen Gesetz im Art. 298. namentlich unterliegenden Apprehensionstheorie war hier der Diebstahl vollendet, als der Diener dem Dieb begegnete und ihn gegen Annahme von Geld ruhig davonlaufen ließ. Er wäre also ein Begünstiger des Diebstahls, und doch wird man ihn gewiß als einen Gehülfen ansehen müssen, der zur Vollendung des Verbrechens hinsichtlich des vom Haupttäter bezweckten Vortheils wesentlich beigetragen hat. Bei der Brandstiftung wäre aber der Uebelstand noch größer, denn wenn sie durch das Ausbrechen des Feuers, wie das würtembergische Gesetz sagt, oder durch das Inflammensetzen, wie der badische Entwurf sagt, vollendet ist, so ist der nur ein Begünstiger, der dazu kommt, wie der Mordbrenner die Flammen, die man mit dem Fuß austreten kann, anfacht, und von ihm Geld nehmend ruhig zusieht, und ihm noch dazu einen geheimen Weg zu seiner Flucht angiebt, während er doch wahrlich ein Gehülfe ist, der eine der Strafe des Haupttäters sehr nahe kommende Ahndung verdient hat. Solche Beispiele lassen sich noch viele aufstellen, doch werden die beiden aufgeführten in Verbindung mit dem im §. 7. angeführten genügen, um darzuthun, daß man zur genauen Unterscheidung der Begünstigung von der Theilnahme und Beihülfe am Hauptverbrechen nicht mit dem Erforderniß ausreicht, daß die Begünstigungshandlung nach vollendeter That des Hauptver-

Digitized by Google

brechens geschehen seyn müsse, sondern daß man noch nach einer nähern Begrenzung und schärfern Bestimmung der bloßen Begünstigungshandlung zu forschen hat, wenn man sich nicht in die schlimme Lage setzen will, daß bei schweren Verbrechen der Gehülfe, ja selbst der an den coautor grenzende Verbrecher als Begünstiger mit einer leichten Strafe durchkommen muß. Man wird zwar vielleicht in beiden oben angeführten Beispielen nur eine Nichtverhinderung eines Verbrechens annehmen wollen. Wenn man aber bedenkt, daß das wesentliche Merkmal der Nichtverhinderung eines Verbrechens in der vollständigen Passivität des Nichtverhindernden besteht, hier aber eine Theilnahme, eine active Handlung der Begünstigung darin liegt, daß der zur Vollführung des Verbrechens selbst Kommende schweigt, Geld nimmt, und die Flucht des Verbrechers fördert, so wird man sich wohl überzeugen, daß hier von einer bloßen Nichtverhinderung keine Rede ist. Geht man jedoch von dem Begriff der Nichtverhinderung eines Verbrechens aus, so wird zu seinem Wesen gehören, daß das Verbrechen entweder erst in seiner Vorbereitung, in seinem Versuch, oder in seiner wirklichen Ausführung begriffen ist, und daß also der von dieser Vorbereitung, dem Versuch oder Ausführung des Verbrechens Kenntniß Habende keinen Schritt zur Verhinderung macht, sondern dasselbe in der Art zu Stande kommen läßt, daß er sich dabei jeder Handlung oder Theilnahme in Bezug auf das Verbrechen oder den Verbrecher enthält. Die Nichtverhinderung eines Verbrechens bezieht sich daher hauptsächlich auf den Zeitraum vor Vollendung des Verbrechens. Faßt man dagegen das Wesen der Begünstigung in das Auge, so gehört die Vollendung des Verbrechens, welches begünstigt wird, zu seinem Hauptmerkmal, und in sofern wird die eine Begünstigung enthaltende Handlung hauptsächlich zu der Zeit geschehen, wo das Verbrechen gänzlich

Digitized by Google

geschehen, und als ein vollkommen beendigtes Ereigniß zu betrachten ist. Eben deshalb stehen auch die eigentlichen Begünstigungshandlungen nicht in einem unmittelbaren Bezug auf das Verbrechen selbst, sondern sie beziehen sich auf die Person des Verbrechers, indem man ihm zur Flucht behülflich ist, oder auf die vom Verbrecher durch das Verbrechen schon herbeigeführten Erfolge, indem man ihm die gestohlenen Sachen verwerthen hilft. Wenn nun aber eine Handlung vorliegt, welche zwar in ihrem Hauptzweck die Begünstigung des Verbrechers hat, welche aber zu einer Zeit eingetreten ist, wo zwar das Verbrechen schon geschehen, jedoch noch in dem Geschehen begriffen ist, so steht die in dieses Geschehen eintretende Handlung auch gerade noch in einem Bezug auf dieses Geschehen, also auf das Verbrechen selbst. Allerdings kann das Verbrechen zu dieser Zeit im juristischen Sinn schon vollendet gewesen seyn; allein die Vollendung eines Verbrechens ist ein zu dem Zweck eingeführter criminalrechtlicher Begriff, um den Eintritt der Merkmale zu bezeichnen, in deren Vorhandenseyn das Ganze eines Verbrechens und in sofern das Ganze seiner Bestrafung liegt. Dieser Eintritt der Vollendung kann aber im Raum der Zeit eine Fortdauer besitzen, in welcher zwar der Haupthäter selbst nicht noch mehr zur Vollendung des Verbrechens wirken und beitragen kann, in der aber ein Dritter noch in der Art beitreten kann, daß er zur Wirkung und zum Eintritt der Fortdauer der Vollendung, und in sofern zum Verbrechen selbst mitwirkt. Ist dieses der Fall, so mag es zwar richtig seyn, daß mit oder ohne diese Mitwirkung eines Dritten das Verbrechen in Beziehung auf den Haupthäter nicht mehr und nicht weniger vollendet worden, und als vollendet zu betrachten ist; in Beziehung auf den Gegenstand des Verbrechens und auf seinen Erfolg gegen das durch das Verbrechen leidende Subject kann aber allerdings dur

Digitized by Google

eine, selbst nach Vollendung des Verbrechens (hinsichtlich des Hauptthäters) eingetretene, das in der Ausführung der Vollendung begriffene Verbrechen betreffende Handlung zum Ergebniß der Vollendung beigetragen werden, wo alsdann diese Handlung keine Begünstigung, sondern eine Theilnahme am Verbrechen ist. Eine solche Handlungsweise mit diesem Erfolg wird hauptsächlich da eintreten, wo ein Dritter zur Ausführung und gänzlichen Beendigung eines Verbrechens dazu kommt, wo er den Thäter beschreien kann, anstatt dessen aber ihm hilft, daß das erst im Eintritt des Erfolgs begriffene Verbrechen seinen vollständigen Erfolg hat, oder daß der schon vollständige Erfolg in dem daraus für den Hauptthäter erzweckten Vortheil ihm wird und verbleibt. Durch Beschreien des Diebes im ersten oben angeführten Fall wäre der Dieb gezwungen worden, den gestohlenen Pack wegzuwerfen, die Entwendung selbst wäre also bezüglich des Eigenthümers nicht vollführt worden. Durch Beschreien des Brandstifters und durch erregten Feuerlärm wäre das Feuer ohne allen Schaden gelöscht worden, während jetzt das ganze Haus abgebrannt ist. In beiden Fällen hat der Dritte zum Erfolg des Verbrechens selbst beigetragen, und wird daher als Gehülfe zu bestrafen seyn. Um nun dieses auszudrücken, wird man daher bei dem Begriff und Ausdruck, daß die Begünstigung nach Vollendung des Verbrechens geschehen seyn müsse, nicht stehen bleiben können, sondern man wird zur gehörigen Abgrenzung der Begünstigung von der Theilnahme einen Beisatz dahin zu machen haben, daß man zwar die Begünstigung auf eine Handlung nach Vollendung des Verbrechens stellt, jedoch beifügt, daß dadurch der Thäter nicht zu dem Zustandekommen des Verbrechens selbst in seiner äußern Erscheinung und in seinem Erfolg gegen das dem Hauptverbrechen unterliegende Subject beigetragen hat. Das

Digitized by Google

Zustandekommen des Verbrechens scheint am besten gegenüber dem juristischen sich auf den Hauptthäter beziehenden Begriff der Vollendung des Verbrechens das zu bezeichnen, daß man zur Begünstigung ein auch als äußere Erscheinung der Sinnenwelt gänzlich geschehenes Verbrechen verlangt, und daß die Handlung der Begünstigung in keiner Weise dazu beigetragen hat, daß das Verbrechen sich so in seiner äußern Erscheinung gestaltet hat, wie es sich zu der Zeit befindet, wo es bestraft werden soll.

Was nun die Handlung der Begünstigung in der Art und Weise ihrer äußern Erscheinung, wie sie geschieht, und ihres Erfolgs im Zweck, den der Thäter dadurch erreichen will, und im Motiv betrifft, das ihn zur Handlung bewegt, so unterscheiden hierin die neuern Gesetze nicht hinreichend, und mischen darein überall Handlungen der Hehlerei, welche ein besonderes für sich bestehendes Vergehen bilden sollten, oder sie nehmen darauf, wie auf das Motiv, gar keine Rücksicht. Es führen das würtembergische wie das badische Gesetz namentlich Handlungen an, welche die Begünstigung in ihrem äußern Erscheinen enthalten sollen, und welche sich in die drei Rubriken theilen lassen, daß es eine Begünstigung sey, wenn man den Verbrecher verheimlicht, Spuren des Verbrechens unterdrückt, und die durch das Verbrechen gewonnenen Sachen verheimlicht oder an sich bringt. Diese drei Rubriken lassen sich aber, so wie geschehen, nicht trennen, weil in allen ihnen die hauptsächlich im vorgesetzten Zweck und im Motiv liegende Begünstigung ganz gleich vorkommen kann; denn wenn wir annehmen, daß eine Begünstigung zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung geschehen ist, so kann der Begünstiger eben so gut den Verbrecher verheimlichen, als er ihm zur Unterdrückung der an ihm selbst befindlichen Spuren verhilft, oder die gewonnenen Sachen als Spuren des Verbrechens verbirgt,

Digitized by Google

während er doch bei allen diesen verschiedenen Handlungen nur den einen Zweck der Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung haben kann. Das Motiv dieser drei Handlungsrubriken kann ebenfalls das gleiche seyn; wenn Einer zur Befriedigung seines Eigennutzes Geld von einem Verbrecher zur Begünstigung des Verbrechens nimmt, so kann er eben so gut den Verbrecher selbst, als die an ihm befindlichen Spuren, oder die gewonnenen Sachen als Spuren des Verbrechens verheimlichen, und alle die drei verschiedenen Rubriken geschehen dann zu gleichem Zweck, und aus gleichem Motiv, so daß nicht einzusehen ist, warum man sie in drei Rubriken eintheilt und unterscheidet. So wie man aber diese drei Rubriken im Gesetz aufstellt und unterscheidet, so kann der Richter sehr leicht auf die Idee kommen, daß er in jenem Begünstiger, welcher sich zwei oder drei dergleichen Handlungen zu Schulden kommen ließ, die sich unter verschiedene Rubriken eintheilen lassen, eine schwerere, eine Art von fortgesetzter Begünstigung annimmt, und so den Begünstiger härter straft, der den Verbrecher mit den durch das Verbrechen gewonnenen Sachen verheimlicht, als Denjenigen, der nur den Verbrecher verheimlicht, obschon in der Sache kein Unterschied liegt, die Begünstigung zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung in sich die gleiche ist, und durch eine größere oder geringere Ausdehnung der Begünstigungshandlung von den Gesetzen eine größere oder geringere Strafe der Begünstigung nicht bedungen ist, und auch nicht bedungen werden kann, weil es rein vom Zufall abhängt, ob der verheimlichte Verbrecher Spuren des Verbrechens an sich trägt, und gewonnene Sachen mit sich führt, und ob also die Verheimlichung des Verbrechers auch zugleich eine Unterdrückung der Spuren des Verbrechens und eine Verheimlichung der durch das Verbrechen gewonnenen Sachen enthält. Insbesondere ist nicht einzusehen, warum man

Digitized by Google

aus der Unterdrückung der Spuren und Beweismittel des Verbrechens eine eigene Rubrik bildet, wo die Verheimlichung und Beförderung der Flucht des Verbrechers die Unterdrückung der Hauptspur des Verbrechens in der vereitelten Verhaftung des Verbrechers ist, und wo die Verbergung oder Wegschaffung der durch das Verbrechen gewonnenen Sachen ebenfalls die Beweismittel des Verbrechens vernichtet. Sodann geht in den beiden ersten Rubriken der Verheimlichung des Verbrechers, und der Unterdrückung der Beweismittel des Verbrechens hauptsächlich die auf den persönlichen Schutz des Verbrechers gerichtete Begünstigung, in der letzten Rubrik aber, in der Hülfe zur Verwerthung der durch das Verbrechen gewonnenen Sachen, insbesondere die zum Zweck eigenen Vortheils geschehene Begünstigung zu Tage, welche zumal hinsichtlich der Strafe mehr unterschieden werden sollten, als mittelst Beschreibung der äußern Form der Handlung. Ohnedies ist es unmöglich, in dieser Beschreibung der äußern Form der Begünstigungshandlungen die Masse der gedenkbaren äußern Vorkommenheiten der Begünstigungshandlungen zu ergründen und zu umfangen. Nicht die äußere Form der Handlung, sondern der Zweck und das Motiv macht die Begünstigung aus, und wenn man zu viel Gewicht auf die äußere Form der Handlung legt, so ist eben so sehr zu fürchten, daß der Richter Handlungen als Begünstigung straft, weil sie die äußere Form der im Gesetze angeführten Begünstigungshandlungen haben, und daß er andere Handlungen nicht straft, weil er sie nicht in den drei Rubriken angeführt und enthalten findet, obschon die ersteren keine Begünstigungshandlungen und die letzteren doch dergleichen seyn können. So kam am hiesigen Gerichtshof ein Fall vor, wo eine Frau den Prügel, womit eine Verwundung zugefügt worden war, wegen der holzheuern Zeit, also aus Eigennutz verbrannte, und somit ein Haup-

Digitized by Google

beweismittel des Verbrechens vernichtete. Man hat sie nicht gestraft, obschon man sie in Zukunft unter Herrschaft der zweiten Rubrik der Begünstigungshandlungen wohl strafen könnte; und wenn in Zukunft ein Dritter aus Aufforderung des Verbrechers den Verletzten beredet, keine Anzeige zu machen, so kann man ihn straflos lassen, weil seine Handlung nicht leicht unter die drei Rubriken der Begünstigungshandlungen paßt, obschon sie zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung geschieht.

Eben deßhalb sollte man es unterlassen, in die äußere Form der allgemeinen Begünstigungshandlungen einzugehen. Man sollte mehr auf den Zweck und das Motiv der Begünstigung abheben, und die Begünstigungshandlungen nur hinsichtlich ihres Erfolgs in ihrer äußern Form bezeichnen. In letzterer Beziehung läßt sich nun diese äußere Form, wie auch von den Gesetzen geschieht, ganz allgemein dadurch bezeichnen, daß man von Handlungen spricht, welche dem Verbrecher nach vollendetem Verbrechen förderlich sind; denn auf irgend eine Weise muß die Begünstigung eines Verbrechens zum Nutzen des Verbrechers gereichen, ihm einen Vortheil zuwenden, wenn die Handlung einen Bezug auf das Verbrechen oder den Verbrecher haben und zugleich eine unrechte also strafwürdige Richtung besitzen soll. Sieht man aber auf den Zweck der Begünstigung, so ist man in einer Hauptrichtung dieses Zwecks allgemein einverstanden, in dem Zweck nämlich, der dahin geht, daß der Verbrecher straflos bleiben, und sonach die gerichtliche Verfolgung erschwert und vereitelt werden soll. Dieser Zweck, der hauptsächlich durch Verheimlichung des Verbrechers, Beförderung seiner Flucht, und Unterdrückung der Spuren des Verbrechens zu Tage geht, wird vom badischen Gesetzentwurf damit bezeichnet, daß er von einer Begünstigung zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung spricht, und da die ge-

Digitized by Google

richtliche Verfolgung eines Verbrechens das ganze Verfahren zur Entdeckung und Bestrafung eines Verbrechers umfaßt, so scheint dieser Ausdruck die hier in Frage stehende Richtung der Begünstigung vollständig zu bezeichnen. In vorstehendem Zweck richtet der Begünstiger seine Handlung hauptsächlich auf den Verbrecher, weshalb auch dieser Begünstigung meistentheils das Motiv persönlicher Rücksichten auf den Verbrecher unterliegt. Wenn aber der Begünstiger seine Handlung hauptsächlich auf die durch das begünstigte Verbrechen gewonnenen Sachen richtet, wenn er die gestohlenen Sachen verbirgt, an sich bringt, an Andere verkauft, so liegt dieser Handlung mehrentheils das Motiv der Erreichung eigenes Vortheils, der Befriedigung seines Eigennutzes unter. Da jedoch die Begünstigung kein eigenthümliches für sich allein bestehendes Vergehen ist, sondern als Nebenverbrechen erst durch seinen Bezug auf ein anderes Hauptverbrechen seine criminalrechtliche Bedeutung gewinnt, so kann es aus seinem eigenen für sich bestehenden Motiv nicht allein bestimmt werden, sondern seine Begriffsbestimmung muß immer in einem Bezug auf das begünstigte Hauptverbrechen bestehen. So wie nun hier die Begünstigung sich hauptsächlich auf die aus einem Verbrechen gewonnenen Sachen richtet, welche für den Hauptverbrecher den aus dem vollendeten Verbrechen bezogenen Vortheil bilden, so muß auch die Begriffsbestimmung der Begünstigung sich hinsichtlich ihres Zwecks auf diesen Vortheil richten, und daraus ihre Bezeichnung erhalten. Der badische Entwurf ist dieser Bezeichnung der Begünstigung am nächsten damit gekommen, daß er von einer Leistung eines Vorschubs in Beziehung auf ein Verbrechen spricht, indem man dem Hauptverbrecher hinsichtlich der Erlangung oder des Genusses der Vortheile aus dem Verbrechen förderlich ist. Allein diese Bezeichnung geht über die eigent-

Digitized by Google

liche Begünstigung hinaus. Es ist schon oben gezeigt worden, daß da, wo man bei der Begünstigung von einer Vollendung des Verbrechens spricht, dieser Vollendung nicht der juristische Sinn der Vollendung des Verbrechens hinsichtlich des Hauptthäters unterlegt werden darf, sondern daß man darunter die gänzliche Aus- und Durchführung des Hauptverbrechens auch in seinem vollständigen Erfolg gegen das dem Hauptverbrechen unterstehende Subject zu verstehen hat. So wie man nun in die Begriffsbestimmung der Begünstigung auch eine Förderung der Erlangung der Vortheile aus dem Hauptverbrechen aufnimmt, so setzt man voraus, daß der Hauptverbrecher die Vortheile seines Verbrechens noch nicht vollständig erlangt hat, und daß der Begünstiger ihm zu dieser Erlangung noch behülflich ist. Ist aber dieses der Fall, so kehret sich die Handlung des Begünstigers nicht mehr blos und allein auf die Vortheile der That des Hauptverbrechens als einer gänzlich beendigten und in sich abgeschlossenen That, sondern sie steht gegen das dem Hauptverbrechen unterliegende Subject darin in einem unmittelbaren Bezug, daß sie selbst dazu beiträgt, daß dem Hauptverbrecher ein Vortheil und damit dem Andern ein Schaden erst zuwächst. Diese auf die Erreichung, also auf das Entstehen des Erfolgs aus einem Verbrechen gerichtete Handlung ist alsdann keine Begünstigung des vollendeten Verbrechens, sondern sie ist eine Beihülfe zum Verbrechen selbst, weshalb der vom badischen Entwurf gewählte Ausdruck der Förderung der Erlangung des Vortheils aus dem Verbrechen schlechthin verwerflich ist, indem er die schwerere Beihülfe zum Verbrechen mit der leichtern Begünstigung des gänzlich zu Stande gekommenen Verbrechens vermengt. Man wird zwar nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß man unter dem Ausdruck Erlangung des Vortheils nur den Fall verstehen wollte, wo

Digitized by Google

z. B. der Dieb den gestohlenen Mantel nicht selbst tragen konnte, und also erst aus dem vom Begünstiger geschehenen Ankauf des Mantels und aus dem dafür erhaltenen Geld den Vortheil der Entwendung wirklich erlangt hat. Allein der Begriff der Erlangung des Vortheils geht eben immerhin weiter, er geht jedenfalls bis auf den Begriff der Erreichung des Vortheils, und kann daher in keinem Fall als richtige Bezeichnung der Begünstigung zugegeben werden. Forscht man daher nach einer der Begriffsbestimmung der Begünstigung hinsichtlich ihres Bezugs auf den Erfolg des Hauptverbrechens besser entsprechenden Bezeichnung, so ist der Ausdruck der Förderung des Genusses der Vortheile ganz richtig, weil man nur das genießen kann, was man vollständig besitzt und in der Gewalt hat, und weil also darin das gänzliche Zustandegekommenseyn des Erfolgs des Hauptverbrechens, in soweit darin ein Vortheil des Hauptverbrechers liegt, vorausgesetzt ist. Es wird aber ein Vortheil des Hauptverbrechens nicht überall und nicht alsbald genossen, so daß mit dem Ausdruck Genuß nicht auszureichen ist. Erwägt man nun, daß die Begünstigung hinsichtlich der aus einem Verbrechen gewonnenen Sachen sich hauptsächlich durch eine Verheimlichung dieser Sachen mittelst Verbergung, Unkenntlichmachung oder Wegschaffung derselben an entfernte Orte ausspricht, und daß man dadurch dem Hauptverbrecher eine Sicherung seines Vortheils zuwenden will, so wird man dieses Wort dem Genuß beisetzen, und sonach die Begünstigung um so besser dahin bezeichnen können, daß sie eine Förderung des Genusses und der Sicherung der Vortheile aus dem Hauptverbrechen ist, als den Begriff der Sicherung eines Vortheils gleichfalls dessen gänzliches Bezogenseyn voraussetzt, also dadurch eine Vermengung der Begünstigung mit der Beihülfe abermals vermieden wird. Ohnedies besteht hier die Unsicherheit der-

Digitized by Google

Vortheils aus dem Hauptverbrechen hauptsächlich in der Entdeckung des Hauptverbrechens, und so deutet das Wort Sicherung des Vortheils zugleich auf die mehrentheils hier stattfindende Verheimlichung der Vortheile des Hauptverbrechens. Wenn man die Begünstigung in die Förderung des Genusses und der Sicherung der Vortheile des Hauptverbrechens setzt, so umfaßt man damit auch ein zwar seltenes aber doch vorkommendes Motiv der Begünstigung, wo sie nämlich nicht aus Eigennutz und nicht aus persönlichen Rücksichten für den Hauptverbrecher, sondern nur aus Bosheit und Rachsucht gegen den durch das Verbrechen Beschädigten zu dem Zweck geschieht, daß ihm der durch das Verbrechen zugegangene Schaden verbleibe und nicht wieder ersetzt werde, und wo daher der Begünstiger den Genuß der Vortheile durch den Hauptverbrecher als Verzehrung der durch das Verbrechen gewonnenen Gegenstände befördert, oder sie dem Hauptverbrecher zu dem Ende sichert, daß sie dem Beschädigten nicht wieder zukommen. Eine andere Art der Begünstigung hinsichtlich ihres Zwecks, die nicht selten ist, und die man früher gewöhnlich mit dem Ausdruck der subsequenten Theilnahme bezeichnete, besteht dagegen darin, daß man den Hauptverbrecher nach vollendetem Verbrechen mittelst Abnahme der entwendeten Sachen unterstützt, um an den aus dem Verbrechen gewonnenen Sachen selbst Theil zu nehmen. Das Motiv dazu ist freilich Eigennutz, und um Theil an den gewonnenen Sachen nehmen zu können, wird man auf eine oder die andere Weise die gerichtliche Verfolgung des Verbrechens zu vereiteln, so wie dem Hauptverbrecher im Genuß und in der Sicherung der durch das Verbrechen gewonnenen Sachen förderlich zu seyn suchen, so daß man sagen kann, daß dieser Zweck der Begünstigung in den schon angeführten enthalten ist. Allein in den schon angeführten Zwecken liegt, denn doch hauptsächlich die Richtung

Digitized by Google

der Begünstigung auf das Beste und den Vortheil des Hauptverbrechers. Er soll nicht bestraft werden, und ihm sollen die gewonnenen Sachen verbleiben. In dem hier vorliegenden Zweck geht aber die Hauptrichtung auf den eigenen Vortheil. Man will den Uebergang der Vortheile des Hauptverbrechens auf sich selbst herbeiführen. Man will sie alle erreichen, dem Hauptverbrecher nichts davon lassen. Ja es ist mir schon der Fall vorgekommen, wo ein solcher Theilnehmer seine Begünstigung im mindesten nicht auf die Verheimlichung des Hauptverbrechers richtete, sondern im Gegentheil seine gerichtliche Verfolgung beförderte, um sich seiner Theilnahme an den zu ihm gebrachten entwendeten Sachen zu entziehen, und sich eines Zeugen dieser Theilnahme zu entledigen. Hier ist die Begünstigung nicht auf den Hauptverbrecher gerichtet, hier will man ihm keinen Vortheil und keinen Genuß sichern, sondern sich allein will man die entwendeten Sachen sichern. Man begünstigt das Verbrechen nur zur Sicherung des daraus entstandenen Erfolgs für sich selbst, man verbirgt die gewonnenen Sachen für sich, so daß es nicht überflüssig seyn wird, wenn man auch diesen Zweck in die Begriffsbestimmung der Begünstigung aufnimmt, und also der Förderung zum Genuß und zur Sicherung der Vortheile aus dem Hauptverbrechen noch beisezt: oder zur eigenen Theilnahme an den aus dem Verbrechen gewonnenen Sachen. Allerdings würde man den eben angeführten Fall, wo der Begünstiger dem Verbrecher zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung oder zum Genuß und zur Sicherung der Vortheile gerade nicht förderlich war, damit und alsdann nicht erfassen, wenn man die Begünstigung auf eine Förderung des Verbrechers richtet. Da jedoch auch hier eine Begünstigung des Verbrechens darin liegt, daß man die durch ein Verbrechen gewonnenen Sachen wissentlich

Digitized by Google

annimmt und für sich behalten will, also ihre Erwerbung vom Verbrecher verheimlichen muß, so wird in dieser Beziehung immerhin eine Art von Vorschubleistung gegen den Verbrecher darin liegen, daß man den Besitz der gewonnenen Sachen abseiten des Verbrechers läugnet. Es kann übrigens in vielen Fällen die Begünstigungshandlung nicht sowohl auf und gegen den Verbrecher, sondern zumal hinsichtlich der Erfolge aus einem Verbrechen auch ganz allein auf den aus einem Verbrechen entstandenen Erfolg gerichtet seyn, weshalb es nicht unangemessen wäre, die Förderungshandlung des Begünstigers nicht auf den Verbrecher zu bestellen, sondern zu sagen: wer einem Verbrechen nach seiner Vollendung in Beziehung auf den Verbrecher oder auf den Erfolg aus dem Verbrechen förderlich ist, indem alsdann jede Förderung der Erfolge aus einem Verbrechen, auch ganz abgesehen von dem Verbrecher, unter die Begünstigung fällt.

Was nun die Motive der Begünstigung anlangt, so lassen sie sich wohl darauf zurückführen, daß der Begünstiger seine Begünstigungshandlung allein aus persönlichen Rücksichten auf den Verbrecher, aus Mitleiden und Theilnahme an seinem Ergehen, oder aus Eigennutz zur Gehabung eines Vortheils aus seiner Begünstigungshandlung, oder aus Rachsucht und Bosheit gegen den dem Verbrechen unterliegenden Beschädigten, oder endlich aus Furcht gegen den Verbrecher unternommen hat. Auf die Art und Weise der Begehung der Begünstigung haben jedoch diese Motive keinen gleichmäßigen Einfluß; man kann aus persönlichen Rücksichten auf den Verbrecher eben sowohl ihn verbergen, als man die aus dem Verbrechen gewonnene Sache wegschafft; man kann aus Eigennutz selbst an den gewonnenen Sachen einen Antheil nehmen, gleichwie man dem Verbrecher gegen Bezahlung zur Flucht verhelfen

Digitized by Google

fen kann, und da diese Motive zwar das Strafmaaß der Begünstigung bestimmen können, nicht aber den Grund der Strafbarkeit der Begünstigung in sich enthalten, indem dieser darin liegt, daß der Begünstiger in Kenntniß des Verbrechens eine das Verbrechen oder den Verbrecher fördernde Handlung begeht, so wird es nicht zweckmäßig seyn, in die Begriffsbestimmung der Begünstigung die Motive derselben aufzunehmen. Dagegen darf man nicht übersehen, daß die Begünstigungshandlungen zwar gegen den Hauptverbrecher eine wirkliche Begünstigung enthalten, jedoch hinsichtlich des Begünstigers ein für sich bestehendes selbstständiges Verbrechen bilden können, was namentlich dann eintritt, wenn z. B. ein Beamter mit Verletzung seiner Amtspflicht einem Verbrecher zur Flucht behülflich ist. Sodann giebt es Verbrechen, welche zwar vom Haupthäter vollständig vollendet seyn können, welche aber in ihrer Vollendung eine fortlaufende Reihe von Vergehenshandlungen in der Art bilden, daß ein Beitritt zu ihnen nicht eine Begünstigung des von dem Andern schon längst vollendeten Vergehens, sondern die selbsteigene Begehung des Verbrechens bildet. Dahin gehört hauptsächlich die Münzfälschung. Dieses Verbrechen wird durch die Fertigung der falschen Münzen in der Absicht sie auszugeben als vollendet betrachtet, und die Ausgabe der falschen Münzen wird nur als ein höherer Strafgrad angesehen. Wenn nun ein Dritter vom Verfertiger der falschen Münzen dergleichen empfängt und durch Ausgabe verwerthet, so könnte man ihn als Begünstiger des Verbrechens beurtheilen, weil er die Gegenstände des Verbrechens veräußert, und dem Hauptverbrecher zum Genuß der Vortheile behülflich ist. Nichtsdestoweniger wird er von allen Gesetzen als Ausgeber falscher Münzen im Einverständniß mit dem Münzfälscher gleich dem Münzfälscher selbst behandelt. Dieses Verhältniß muß bei der Begriffsbestim-

Digitized by Google

mung der Begünstigung berücksichtigt werden, und wenn die Gesetzgebung bei den besondern Verbrechen sich angelegen seyn läßt, die Theilnehmer daran gehörig zu bezeichnen, so wird es hier bei der Begünstigung genügen, wenn man ihrer Begriffsbestimmung beisetzt: in sofern nicht dadurch ein selbstständiges Verbrechen begangen wird.

Allem Voranstehenden liegt endlich der Fall unter, wo das begünstigte Verbrechen als solches betrachtet zur Vollendung gekommen ist. Allein in sofern man eine Hauptrichtung der Begünstigung in die Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung setzt, so kann sie auch in Beziehung auf ein nur versuchtes Vergehen damit eintreten, daß man jenen, der ein Verbrechen versuchte, dadurch begünstigte, daß man ihm zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung behülflich ist. Es ist daher um so mehr darauf Rücksicht zu nehmen, weil man bei der erst nach der That eines Verbrechens eintretenden Begünstigung eine Hauptbeziehung auf die Vollendung des Verbrechens machen muß, und dadurch die Meinung erregen könnte, daß zum Wesen der Begünstigung die Vollendung des Verbrechens gehört, und daß man also in Beziehung auf ein versuchtes Verbrechen nicht begünstigen könne. Zum Wesen der Begünstigung gehört aber nur, daß die strafwürdige That, in Beziehung auf welche die Begünstigung eingetreten ist, so und dergestalt wie sie zur Bestrafung als äußeres Ereigniß vorliegt, ohne Dazuthun des Begünstigers geschehen ist. Ein fehlgeschlagener Versuch ist in dieser Beziehung auch ein gänzlich vollendetes strafwürdiges Ereigniß, weshalb auch bezüglich seiner Vollendung eine Begünstigung eintreten kann.

Hiernach würde man also die Begünstigung dahin bestimmen können: „Wer ohne vorheriges Einverständniß mit dem Verbrecher dem Ver-

Digitized by Google

brechen nach seiner Vollendung oder nach seinem stattgehabtem Versuch in Beziehung auf den Verbrecher oder den Erfolg aus dem Verbrechen wissentlich, ohne jedoch durch seine Handlung selbst zum Zustandekommen des Verbrechens oder des Versuchs beizutragen, Vorschub leistet, indem er dem Verbrecher zum Genuß und zur Sicherung der Vortheile aus dem Verbrechen oder zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung behülflich ist, oder indem er zur eigenen Theilnahme an den durch das Verbrechen gewonnenen Sachen dem Verbrechen förderlich ist, macht sich, in sofern nicht in seiner Handlung ein selbstständiges Verbrechen liegt, des Nebenverbrechens der Begünstigung schuldig.

Von selbst versteht es sich dabei, daß bei Bestimmung der Beihülfe zu einem Verbrechen, und bei Bestimmung der strafbaren Nichtverhinderung von Verbrechen, so wie bei einzelnen in der Begünstigung eines Verbrechens ein selbstständiges Verbrechen enthaltenden Begriffsbestimmungen desselben auf diese Bezeichnung der Begünstigung Rücksicht genommen, und je dort bestimmt werden muß, was Beihülfe, was Nichtverhinderung und was selbstständiges Verbrechen ist.

(Beschluß im nächsten Hefte.)

Digitized by Google

XIII.

Beiträge zur richtigen Beurtheilung der Fälle des Verſuchs je nach der Verſchiedenheit der Verbrechen und je nachdem der Urheber ein phyſiſcher oder ein intellectueller iſt,

mit beſtändiger Rückſicht auf Prof. Dr. Heinrich Luden's Schrift über dieſe Materie.

Von

Herrn Oberjuſtizrath von Zirkler

zu Tübingen.

Quaedam ultra modum praecipimus, ut ad verum et suum redeant.

SENECA.

In einem, in Demme und Klunge fortgeſetzten Annalen (Bd. V. S. 220 ff.) aufgenommenen Aufſatze habe ich mich mit der bekannten Streitfrage über den Anfangspunkt eines ſtrafbaren Verſuchs beſchäftigt und dieſelbe von dem Standpunkte eines praktiſchen Juriſten aus zu beleuchten verſucht. Ich bemühte mich, den Moment zu fixiren, wo die That oder das Verbrechen ſchon als wirklich angenommen werden muß vor ſeinem Daſeyn durch vollſtändigen Eintritt in die an Zeit und Raum gebundene Sinnen- oder Phänomenenwelt, und zu zeigen, daß dieſe Aufgabe nur durch das Geſetz der Stetigkeit ſich auflöſen

Digitized by Google

läßt, angewendet durch jene Logik der Wahrscheinlichkeit, welche in moralischen Dingen die bei ihnen unmögliche Demonstration vollkommen ersetzt, derselben Logik, welche die Alten Dialectik nannten und womit der unsterbliche Leibnitz die gewöhnliche, nur auf das Demonstrative gerichtete Logik ergänzt wissen wollte. Sie kann jedoch auch manchen Aufgaben der angewandten Mathematik verglichen werden, namentlich der Frage nach dem Schwerpunkte eines Körpers, welcher gewiß bei einem jeden nach der Verschiedenheit seiner Figur, Composition und Vertheilung der Masse wo anders liegt. So wie man irren würde, wollte man ihn bei allen Körpern, wie bei der Kugel in der Mitte des von ihm erfüllten Raumes suchen, eben so irrig wäre es, das, was bei der strafrechtlichen Zurechnung am meisten in das Gewicht fällt, immer in den letzten das Verbrechen unmittelbar vollbringenden und beendigenden Act zu legen. Bei vielen Verbrechen, wobei, wie bei dem Todtschlag, der Körperverletzung, Nothzucht ꝛc., physische Anstrengung, Muth und Geistesgegenwart das Schwerste ausrichtet, ist dieses richtig der Fall, und da die bei ihrer geringen Schwierigkeit gar wohl aus einem aufwallenden und bald wieder verrauchenden Affecte zu erklärende und den Thäter an sich nicht compromittirende Anschaffung der Waffe nur denjenigen furchtbar macht, welcher die Kraft und das Herz beweiset, sie gehörig zu führen, so hatte unser positives Recht genügenden Grund, den obgedachten Augenblick nicht schon in ihr, sondern erst dann anzunehmen, wenn er auf den Angriff schon ausgegangen war, oder sich damit auf die Lauer gestellt und dadurch gezeigt hatte, wessen er sich getraute oder unterstand. Doch ist dieses nur in sofern zutreffend, als bei diesen Verbrechen Gewaltthätigkeit [1]) den hervorstechenden Zug bildet,

1) Bei Verbrechen, deren Thatbestand auf purer Gewalt beruht, sind jene Anticipationen der Wahrnehmung, welche sie schon von

Digitized by Google

und leidet eine Ausnahme bei denjenigen Species derselben, welche mehr hinterlistiger Natur sind. Wäre z. B. die von Fieschi bereitete Höllenmaschine zwei Tage vor dem Feste von der Polizei geladen gefunden und der Thäter seiner Absicht überführt worden, so möchte es doch sophistisch klingen und gewiß auch den Römern sophistisch geklungen haben, an einem strafbaren Attentate zu zweifeln; denn die Hauptschwierigkeiten der That waren hier schon so überwunden, daß das, was noch zu thun übrig war, nämlich das Anlegen der Lunte, sobald der unfehlbar zu berechnende Augenblick gekommen, auch vor der juridischen Imputatation verschwinden muß, da von dem Fanatiker, welcher seine Ruhe, seine Bequemlichkeit und den sich abgedarbten Erwerb dem gewagten und heimlichen Unternehmen, seine Maschine zu bauen und zu richten, so lange Zeit geopfert hatte, eine Aenderung seines Entschlusses nicht zu erwarten war. So liegt das, was zum Vollbringen fortzieht und als schon gegenwärtige Ursache genügt, und eben deshalb als ein wesentlicher Bestandtheil der auf das Vollbringen gerichteten Handlung

weitem erkennbar machen, nicht möglich, und der Versuch beginnt daher erst mit der angefangenen Haupthandlung des Verbrechens. Dies gilt namentlich bei der Nothzucht um so mehr, da man hier immer die vorgesetzte Gewaltanwendung als bedingt annehmen muß, wenn sich die Weibsperson nicht gutwillig ergiebt, welche sogar durch ihre Ratihabition die species delicti noch verändern kann, vorausgesetzt, daß diese bei der vis absoluta noch vor der erzwungenen Consummation durch Vereinigung der Geschlechtstheile, und in einem Zustande erfolgt, wo der Widerstand durch diejenigen natürlichen Mittel noch möglich war, zu deren Anwendung sie das Recht anweiset, indem es ihr für ihre Keuschheit wie gegen einen Angriff auf Leib und Leben Nothwehr gestattet. Geht man hievon ab, so müßte man jede gewaltsame Entführung in unkeuscher Absicht oder um die Person an einen Ort zu bringen, wo man ihre Keuschheit bequemer auf die Probe stellen kann, zugleich als attentirte Nothzucht bestrafen, was doch nicht geschieht. Bei der compulsiven oder psychologischen Gewalt ist dieses anders, weil dieses zwar nur in der Vorstellung, aber schon gegenwärtig wirkt.

Digitized by Google

betrachtet werden muß, nicht nothwendig im dritten oder letzten Acte, oft schon im ersten oder mittlern Acte. Wer sein einzeln stehendes Wohnhaus anzündet, um die Brandkasse oder Feuerversicherungs-Anstalt zu prellen, hat zunächst nur sich beschädigt und seinen Betrug eigentlich nur vorbereitet. Dennoch straft man ihn, wenn es zeitig auskommt, billig, als eines nahen Versuchs schuldig, weil nicht nur das, was er noch weiter zu thun hatte, sich ohne Schwierigkeit von selbst gegeben hätte, sondern auch keine gegründete Wahrscheinlichkeit dafür da ist, daß er sich eines Besseren besinnen und den nicht wieder ungeschehen zu machenden Schaden auf sich leiden werde, so wenig als wir von dem Wilderer, den die Furcht vor dem Jäger nicht abgehalten hat, das von diesem gehütete Revier mit geladenem Gewehr zu betreten, oder dessen leidenschaftliche Verblendung stark genug wird, sich und sein Gewehr an sein Unternehmen zu wagen, supponiren dürfen, daß seine Begierden nach Ueberwindung jenes Abhaltungsgrundes das ihm zum Schuß kommende Wildpret dennoch aus Respect vor fremdem Rechte verschonen werde. Nur darin behält die neue Theorie Recht, daß, um einen strafbaren Versuch anzunehmen, eine Werkthätigkeit zum Vollbringen, sey sie auch nur als operatio in distans aufzufassen, vorausgesetzt wird, und daß andere Vorbereitungen, mögen sie auch noch so sehr für die Festigkeit des Entschlusses zeugen, nichts entscheiden. Die gewöhnliche Theorie fehlt also darin, daß sie sich mit dem vagen und leicht zu mißdeutenden Begriffe einer äußern Handlung begnügt. Der bekannte Alibaud hatte sich einige Tage vor dem Attentate den Kopf scheeren lassen, und bekannte, dies sey darum geschehen, weil er am Kopfe äußerst empfindlich sey und sich vorgestellt habe, man werde, wenn er seinen Pistolenschuß abgefeuert habe, über ihn herfallen und ihn an den Haaren fassen. Wäre es

Digitized by Google

nicht weiter gekommen, so hätte man ihm wegen dieses noch ganz immanenten Beginnens, das zu der zum Verbrechen nöthigen Wirkung nichts beitragen konnte, nicht strafen, sondern nur unter Polizeiaufsicht stellen können. Nicht minder falsch sind aber auf der andern Seite die besonders in französischen Schriften über diese Materie zu stark hervorgehobenen, nur von den atrocesten Verbrechen abstrahirten und auch bei diesen nur strafschärfenden Bedingungen, daß man sich, als ob der zum Verbrechen hinreichende Trieb und Muth nicht schon früher erprobt und durch Ueberwindung sittlicher und physischer Hinderniße die zum Versuche nöthige fraus erkennbar werden könne, schon Angesichts des Verbrechens befunden und den letzten Kampf mit demselben bestanden haben müsse. Wären sie richtig, so dürfte der intellectuelle Urheber, auf den wir bald wieder zu reden kommen werden, nie bestraft werden, da er diesen Kampf immer dem physischen Urheber überläßt, — eine Feigheit, die ihn nichts weniger, als gegen die Zurechnung schützt.

Sehr bedauern muß ich übrigens, daß mir zu der Zeit, als ich meine Betrachungen niederschrieb, eine kurz zuvor erschienene treffliche Schrift über diese Materie [2]) noch nicht bekannt war, welche als die Frucht eines sehr gründlichen Quellenstudiums nicht genug empfohlen werden kann. Eine Vergleichung meines Aufsatzes wird von selbst ergeben, wie nahe ich in den Resultaten mit ihren Hauptansichten zusammentreffe, und ich muß dem Publikum die Prüfung überlassen, ob wir dabei einander nicht wechselseitig ergänzen und berichtigen. In der That sind es nur einzelne Anwendungen und Auslegungen, mit denen, als zu schroff, ich mich nicht vereinigen kann. Schon die Ein-

2) Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht von Dr. Heinrich Luden. Erster Band. Göttingen 1836.

Digitized by Google

leitung verräth, daß der Verfasser sich zu sehr von einer heutzutage freilich nur zu beliebten Meinung beherrschen ließ, welche den Satz nulla poena sine lege in einem zu buchstäblichen und den Buchstabendienst begünstigenden Sinne nimmt [3]), dem entgegengesetzten Extrem derer,

3) Es ist ein alter Vorwurf, den man der englischen Jurisprudenz gemacht hat, daß sie zu sehr an dem Buchstaben halte. Vergl. das im Otium hannoveranum abgedruckte Schreiben von Leibnitz an einen Engländer p. 29. Dennoch hat sich der Kanzler Baco de certitudine legum über unsern Satz vielleicht am sorgfältigsten ausgesprochen. Durum est torquere leges, ut torqueant homines. Non placet igitur extendi leges poenales, multo minus capitales, *ad delicta nova*. Quodsi crimen vetus fuerit et legibus notum: sed prosecutio incedat *in casum novum*, *a legibus non provisum*, omnino recedatur a placitis juris potius, quam delicta maneant impunita. Aph. 13. Consequentiae non est consequentia: sed sisti debet extensio inter casus proximos. Alioquin labetur paulatim ad dissimilia et magis valebunt acumina ingeniorum, quam autoritates legum. Aph. 16. Proclivis est extensio legis ad casus post natos, qui in rerum natura non erant tempore legis latae. Ubi enim casus exprimi non poterat, quia tunc nullus erat, casus omissus habetur pro expresso, si similis fuerit ratio. Aph. 20. Ohne diese weise und fruchtbare Beschränkung, welche die französische Unterscheidung zwischen interpretation extensive des termes, et interpretation de l'esprit de la loi als ein eitles Wortspiel hinter sich zurückläßt, droht die Regel die Strafrechtspflege in eine bloße Administrativ-Justiz zu verwandeln, aus der alle richterliche Selbstständigkeit verschwindet. Um einen lehrreichen Commentar über jene Aphorismen zu schreiben, braucht man nur damit einen damit nahe zusammentreffenden leichten Blick des Donellus zu verbinden, Comm. L. I. c. XIV. p. 22b. der Hanauer Ausgabe: Versus, sed utrumque manifestum rationem et sententiam etc. Der Richter ist freilich nicht befugt, eigne Verbrechen neben den gesetzlich anerkannten zu erfinden oder den Katalog der letzteren mit ganz neuen zu bereichern, und in diesem Sinne hat der Begriff eines natürlichen Verbrechens keine Realität, obgleich derselbe unter den anerkannten Verbrechen einen Unterschied von erheblichen Folgen begründet. Aber damit ist die comprehensive Extension, wie sie Forster und Hofacker genannt haben, nicht ausgeschlossen, wenn ein gesetzlich anerkanntes Verbrechen uns in einer neuen, unerhörten oder ungewöhnlichen Gestalt überrascht, mag auch die im Gesetz gegebene Bezeichnung wegen des allezeit

Digitized by Google

welche den subsidiarischen Gebrauch eines in dem positiven Rechte nicht schon eingeschlossenen, sondern als für sich bestehend, demselben vorausgehenden Naturrechts vertheidigen. Sein gesunder Sinn hat ihn zwar gegen die gefährlichsten Consequenzen dieser Ansicht bewahrt, aber er wurde doch dadurch zu dem historischen Irrthum verleitet, unseren klassischen Juristen, deren Fragment für uns gesetzlich geworden sind, sey der Unterschied zwischen versuchten und vollbrachten Verbrechen eigentlich fremd gewesen, und das römische Recht bestrafe den Versuch nie als solchen, sondern nur die zum Vollbringen dienlichen Handlungen, so weit sie ein ausdrückliches Strafgesetz neben der That als strafbar bezeichnet habe. So engherzig darf man aber in der Hermeneutik unseres Corpus juris, dessen Satzungen nicht, wie unsere neueren Strafgesetzbücher, einen allgemeinen und besondern Theil unterscheiden, nicht verfahren, daß

das Erlobte, Gewöhnliche und den zeitigen Stand der Wissenschaft beschränkten Blickes des Gesetzgebers nicht recht zutreffen wollen. Mit dieser der wahren Absicht förderlichen Abstraction würde, wie Donellus richtig einsah, jede rationelle Auslegung oder höhere Hermeneutik ein Ende haben, und die den Effect sichernde schuldige Achtung des Gesetzes erlaubt es schon nicht, uns den Urheber desselben als einen auf den Buchstaben seiner Offenbarungen eifersüchtigen Schulmeister vorzustellen, dem jeder Vernunftgebrauch zuwider ist. Um indessen hier auf Baco und unsere mit der angedeuteten Ansicht genau zusammenhängende Materie zurückzukommen, so sagt ersterer in Aphor. 41., was im Wesentlichen unsere juristischen und nichtjuristischen Klassiker auch gesagt haben: In curiis censoriis (so nennt Baco die Strafgerichte) omnium majorum criminum et scelerum *actus inchoati et medii* puniantur, licet non sequatur effectus consummatus. Isque sit earum curiarum usus vel maximus: cum et *severitatis* intersit, initia scelerum puniri, et *clementiae* perpetrationem eorum (puniendo medios actus) intercipi. Das strenge Recht steht der Straflosigkeit des Versuchs entgegen, weil sonst das Gesetz seinen Nachdruck verliert, und die Billigkeit ist damit versöhnt, daß man nach dem germanischen Recht den Versuch gelinder bestraft, daß der Verbrecher es selbst als Wohlthat annehmen muß, daß man ihn nicht gewähren ließ, um ihm das volle Maaß zu geben.

Digitized by Google

hier jede Analogie ausgeschlossen wäre. Es genügt vielmehr die Induction, daß die nach unseren prätensiöseren Begriffen in den allgemeinen Theil aufzunehmenden Lehren in einzelnen Fällen als Entscheidungsgründe nach einer durchgängig befolgten Regel vorkommen. Eine solche Induction ist untrüglich, wenn sie zugleich zu dem von jeher anerkannten philosophischen Elemente des Strafrechts gehört und in dieser Beziehung durch nichtjuristische Klassiker außer Zweifel gesetzt wird. Man vergleiche hierüber Grotii flores sparsi ad Jus Just. (ad Tit. Dig. ad L. Cornel. de sicariis L. 14.) und die daselbst angeführten Schriftsteller, denen übrigens noch viele Autoritäten beigefügt werden könnten. Das, was ich hier philosophisches Element genannt habe, ist weit verschieden von einem subsidiarischen Gebrauche dieses oder jenes Naturrechts oder dieser oder jener Strafrechtstheorie, und wird und darf, als unerläßliche Bedingung der Auslegung, der applicatio juris ad factum, so wie der Verbindung der einzelnen Satzungen zu einem mit Ausscheidung dessen, was als jus singulare aufzufassen ist, allen am vollkommensten genügenden systematischen Ganzen, von keinem positiven Rechte verläugnet werden. Das ächte Princip der Strafbarkeit einer wahren Versuchshandlung liegt in dem argumento a consequentibus, welches in der Auslegung dem argumento a contrario das Gleichgewicht halten muß, wenn das letztere nicht zu Schikanen verleiten und das Gesetz vereiteln soll. Bei Strafgesetzen, als den kategorischsten von allen, ist es so entscheidend, wie bei anderen Gesetzen. Verbietet das letztere eine gewisse Wirkung, so liegt auch darin rationell immer das Verbot der Ursache eingeschlossen, wovon, wenn ihr nicht Einhalt geschähe, die erstere als natürliche Folge zu betrachten wäre. Als unzertrennliches Antecede erscheint sie freilich vor einem Strafgesetz nur dann,

Digitized by Google

sie als freie Ursache einer selbstständigen Zurechnung unterworfen ist, was nur auf vorsätzliche Unternehmungen paßt, da ein unvorsätzliches Beginnen nicht für sich, sondern nur mit und durch den Erfolg strafbar wird. Wo also weder ein vorsätzliches Unternehmen, noch bei dem letztern schon die volle und gegenwärtige Ursache des Verbrechens bereit ist, da liegt in dem immer noch, aber nicht mehr als Pönalsanction wirksamen Gesetze nur die Ermächtigung für die sogenannte Sicherheitspolizei, die Reizmittel und Instrumente des Verbrechers zu hüten und insbesondre die Unvorsichtigkeit zu warnen. Die Strafbarkeit des Versuchs sehe ich daher bei wahren, besonders bei denjenigen anerkannten Verbrechen, welche sich zugleich als natürliche aufdringen, als Regel an, und die Ausnahmen bilden die Privatdelicte, welche das Gesetz in der Aussicht auf eine gerade durch das verletzte Interesse garantirte genügende Reaction der Verfolgung des Beschädigten überläßt, und diejenigen Polizeiübertretungen, deren Verpönung die zuvorkommende Verhütung von Rechtsverletzungen zum Zwecke und daher mit der nicht in das Unendliche zu verfolgenden Bestrafung des Versuchs wirklicher Verbrechen eine große Verwandtschaft hat. Von der gewöhnlichen Meinung, daß auch das römische Recht von dieser Regel beherrscht wurde, vermag ich daher nicht abzugehen, so ausgezeichnet die Schriftsteller sind, welche sich seit Kurzem dagegen erklärt haben. Auch Luden hat übrigens nicht umhin gekonnt, wenigstens soviel zuzugeben, daß jene Regel für die Gesetzgebung leitend war, weshalb, da dadurch für das heutige Recht gleichviel gewonnen wird, die sich darauf beziehenden erweiterten Bestimmungen als Versuchshandlungen und nicht als eigne Verbrechen aufzufassen zu dürfen, und wovon er die so manchem Criminalisten entgangenen praktischen Folgen, namentlich bei dem crimen vis, majestatis etc., mit einer mich sehr an-

Digitized by Google

sprechenden rühmlichen Consequenz entwickelt, der Streit mehr historisch, als praktisch erscheint. Allein ich gehe weiter, und sage, der Grundsatz beherrschte auch die Doctrin und die Rechtspflege, weil sonst die Jurisdiction sich rigoristisch an die im Gesetze fixirten Resultate hätte binden müssen, was nicht geschehen ist. Wenn z. B. die Lex Cornelia de sicariis den ambulans cum telo hominis necandi vel furti faciendi causa aufnahm, so ergiebt schon der Beisatz, daß es sich von mehr als einem bloßen Polizeiverbot des Gewehrhaltens oder Tragens handelte, das niemand mit dem Tode oder Exil bestraft haben würde, daß der Grund dieser hohen Strafbarkeit in der auf das Leben seiner Nebenmenschen gerichteten Absicht liegt, welche damit verwirklicht werden soll. Auf der andern Seite scheint es nicht, daß diese Lex neben den Beschwörungen und Giftbereitungen und diesem bewaffneten Auf- und Abwandeln in mörderischer Absicht ausdrücklich eine weitere Versuchshandlung bezeichnet habe. Da aber ihre Ausleger dem Geiste des Gesetzes gemäß, welches nur ein rechtgeläufiges und in die Augen fallendes Beispiel hervorgehoben hatte, ganz analog ihrer Interpretation der Legis Aquiliae, den Grundsatz entwickelten, nihil interest, occidat quis, an causam mortis praebeat, so darf man die Anwendung auch im Versuch nicht auf jene Fälle beschränken. Wer sich da, wo der Weg an einem Abgrund vorbeiführt, ohne Waffe auf die Lauer stellt, seinen daselbst erwarteten Feind unversehens in die Tiefe zu stoßen, ist eben so schuldig, und nicht minder derjenige, welcher eine Vorrichtung getroffen hat, wodurch ein Anderer den Hals brechen oder in das Wasser fallen muß. Die decidirten Gegner der Analogie im Strafrecht müssen das freilich consequent widersprechen, allein eben so consequent müßte man auch vollbrachte Tödtungen dieser Art von diesem Gesetze ausschließen,

Digitized by Google

da sie durch die sogenannte interpretation extensive des termes damit schwer zu vereinigen sind. Sollten es vielleicht ähnliche Erwägungen gewesen seyn, welche Luden *) in die Versuchung führten, ein solches Lecken in eine tödtliche Falle oder sonstige hinterlistige Lebensnachstellungen in die Kategorie der außerordentlichen Verbrechen zu verweisen und sie unter die Lex 3. pr. D. Stellionatus: Item si quis *imposturam* fecerit, vel collusionem in *necem* alterius, zu subsumiren? — Allein die collusio in necem alterius heißt wohl richtiger soviel, als in perniciem, wie es allezeit und noch von Forcellinus unter Hinweisung auf mehrere Parallelstellen erklärt worden ist, und bezieht sich auf Vermögensruin. Und daß die Römer im Interpretiren so engherzig nicht waren, das zeigt am besten Quintilian. Decl. 350: *Caedes* videtur significare sanguinem et ferrum. Siquis alio genere homo fuerit occisus, *ad illam legem* (keine andere als die Lex Cornelia) *revertemur*. Si inciderit in latrones, (nach Obrecht's sehr problematischer Textverbesserung: latrinas) aut in aquas praecipitatus, si in aliquam immensam altitudinem dejectus est, *eadem lege vindicabitur*,

4) S. 181 ff. seiner Schrift. Ich sage: in die Versuchung führten. Denn freilich spricht er sich nicht über alle Fälle dieser Art aus, aber doch über solche, die ich eben so unbedenklich unter die Lex Cornelia stellen würde. Wer einen um den besten Weg Verlegenen durch den Wald unter Räuber, oder durch einen Fluß mit Untiefen, den er wohl passiren könne, hinweiset, ist eines mindestens eventuellen animi occidendi überwiesen, wenn er wußte oder wenigstens für wahrscheinlich hielt, daß er umkommen oder ersaufen müsse, und es aus Schadenfreude that. Denn er gewährt dem, der seinen Rath bedarf und sich darauf verläßt, die causam oder occasionem mortis. Stellt er sich die Gefahr nicht so groß vor, und gedenkt er ihm blos eine Unlust und Verlegenheit zu bereiten, so ist das eine culpa dolo determinata, welche bekanntlich schon bei den Römern als lusus noxius zwar gelinder, aber doch nach der Analogie der Lex Cornelia bestraft worden wäre.

Digitized by Google

qua ille, qui ferro percussus est. Auch die L. 1. D. de extraordinariis criminibus, welche so klar den Fall von Versuch und Vollendung unterscheidet, hat dem großen Scharfsinn dieses zu den schönsten Erwartungen berechtigenden Schriftstellers nicht wenig zu schaffen gemacht, ich zweifle aber, ob es ihm gelungen ist, dieselbe mit seiner Grundansicht auszugleichen. Vielmehr haben wir auch hier eine Autorität, daß dieser Fall lange vor der Lex Julia de adulteriis [5]) und zwar rein aus

5) Der auffallende Umstand, daß der Versuch zu einem Verbrechen, das durch Augustus seine Lex und seine Quaestio schon erhalten hatte, noch unter den criminibus extraordinariis erscheint, widerstreitet der sonst anerkannten Allgemeinheit des Grundsatzes von der Strafbarkeit eines jeden wahren Attentats nur scheinbar und ist leicht zu erklären. Nach der Lex Julia de adulteriis konnten nur der consummirte Ehebruch und das consummirte Stuprum bestraft werden. Luden hat dieses (l. c. S. 209.) schon aus der von Papinian in der L. 6. §. 1. D. 48. angegebenen Etymologie beider Fleischesverbrechen recht gut argumentirt. Die Singularität folgt aber noch weiter einleuchtender aus dem Ganzen der Art dieser Verbrechen, wie sie die Gesetzgebung vorfand und auszubilden nicht umhin konnte. Sie waren, wie sie gegeben, aus dem Hauptgesichtspunkte einer Verletzung des Rechts des Hausvaters, des Gatten und der Familie aufzunehmen, aus welchem sie ursprünglich den Hausgerichten und der Selbstrache überlassen geblieben waren. Auf diesem vorgebahnten Wege mußte sich sehr natürlich die Folgerung bilden, daß wie zu einer actio poenalis aus einem Privatverbrechen, so hier zur Anklage zwar nicht die nicht einmal beim furtum nothwendige Schadensstiftung (L. 7. §. 2. u. 3. L. 21. D. de furtis), also nicht gerade die seminis immissio, aber doch das factum, als delictum perfectum, erforderlich, und daß die Anklage nur dann begründet sey, wenn es so weit gekommen war, daß dabei die Selbstrache erlaubt gewesen wäre, die man als nothwendiges Uebel auf das Handhafte beschränken mußte, und weder dem Hausvater noch dem Gatten anders hingehen ließ, als wenn er die Schuldigen in flagranti, keineswegs aber, wenn er sie auf eine noch so verdächtige Weise zusammengetroffen hatte. Man vergl. nur die L. 25. pr. mit der L. 24. in fin. eodem. Auch daß unter den Ehescheidungsursachen in späteren Constitutionen neben dem Ehebruche mancher schamvergessenen Ausgelassenheiten z. B. die mit fremden Männern gefeierten Gelage und genommenen Bäder aufgeführt werden, weiset darauf zurück, daß beim ersten das specielle

Digitized by Google

dem Gesichtspunkte eines Versuchs sehr strenge abgeurtheilt wurde und also nicht erst eine spätere Erfindung nach der Bildung außerordentlicher Verbrechen und eines freien Arbitriums nach dem Grade der Verschuldung günstigen allmählichen Auflösung der alten Gerichtsordnung war. Metellus quoque Celer stuprosae mentis acer punitur exstitit Cn. Sergio Silo, promissorum matrifamiliae nummorum gratia, diem ad populum dicendo, eumque hoc uno crimine damnando. Non enim factum tum, sed animus, in quaestionem deductus est, plusque voluisse peccare nocuit, quam non peccasse profuit. Valerius Maximus. L. 7. C. 1. nr. 8. Metellus Celer ist aus der Geschichte als Zeitgenosse des Catilina und Pompejus bekannt. Und wie hätte Cicero pro Milone C. 7., nachdem er es als Skandal und Denkmal einer anarchisch bewegten Zeit gerügt hat, daß Clodius, obgleich er in dem

---

Factum des Beischlafs erwiesen seyn mußte. Dadurch wurden begreiflich bloße Vorbereitungen, namentlich ein verabredetes und blos zufällig vereiteltes Stelldichein, ausgeschlossen. Nur muß man diejenigen, welche den Ehebruch selbst begehen, von den Kupplern und Gelegenheitsmachern unterscheiden, welche allerdings durch die in ihrem Hause gestattete Verabredung dem Gesetz auch dann verfallen, wenn jene Schuldgenossen sich später eines Besseren besinnen, oder zufällig verhindert werden. L. 9. §. 2. L. 12. eodem. Dies ist aber nichts Außerordentliches, da ja sogar bei Privatverbrechen der Fall vorkommen kann, daß der intellectuelle Urheber oder Miturheber dem Gesetze verfällt, während der physische Urheber zu dessen Auffindung oder Verleitung jener das Seinige beigetragen, nicht schuldig erscheint. §. 8. Inst. de oblig. quae ex deliet. L. 20. C. de furto et servo corrupto. Daß sich aber dieser Singularität und Natur des Verbrechens zum Trotz dennoch für bloße Attentate ein Aushelfe-Verbrechen gestaltete, und daß dieses in Fällen, wo weder die Hausgerichte, noch die Privatrache reagiren konnten, schon zu einer Zeit geschehen ist, wo gegen diese Verbrechen noch kein eignes Strafgesetz gegeben war, beweiset nur um so stärker, wie ungern die Römer dem Grundsatze der Strafbarkeit eines jeden Versuchs etwas vergaben.

Digitized by Google

den Tempel des Castor einen Sklaven aufgestellt hatte, dem der Dolch entrissen wurde, womit er seinem Geständniß zufolge den Pompejus umbringen sollte, der Anklage und strafenden Gerechtigkeit habe entgehen können, daß es wegen dieses Vorfalls nicht einmal zu einer rogatio oder quaestio gekommen, mit den Worten schließen können: nisi forte, quia perfecta res non est, non fuit punienda: perinde quasi exitus rerum, non hominum consilia legibus vindicentur. Minus dolendum fuit re non perfecta; sed puniendum certe nihilo minus. Stimmt die Allgemeinheit, in welcher sich der Redner über den Grundsatz ausspricht, zu der jetzt so beliebten Hypothese, daß es einer speciellen gesetzlichen Bestimmung bedurft habe, um da, wo das beabsichtigte Verbrechen schon gewiß ist, auch den unverkennbaren Versuch zu bestrafen, oder zu der früher von allen Rechtsgelehrten vertheidigten gewöhnlichen Meinung? — Und nicht nur Rechtsgelehrte und Redner, sondern auch bloße Grammatiker, wie Servius und Donatus, bestätigen diesen Grundsatz als einen ächtrömischen, der von jeher in den Volksbegriffen und Sitten eingewurzelt war.

Aber die Vorliebe zu seiner Hypothese hat unsern geistreichen Verfasser an einigen Stellen verleitet, unseren authentischen Rechtsquellen sogar Gewalt anzuthun. Dies ist namentlich beim Giftmorde geschehen, wo das Bereithaben des Gifts (venenum habuerit), so deutlich als strafbarer Versuch bezeichnet wird, besonders auch das: et qui venenum emit, ut patri daret, quamvis dare non potuit. Ich will die Gründe nicht wiederholen, welche schon Pfotenhauer seiner irrigen Deutung entgegengesetzt hat. Nur auf eines will ich aufmerksam machen, daß nämlich die Rhetoren Seneca und Quintilian, beide in ihren Controversien, den Fall behandeln, wo jemand von seinem Vater betroffen wurde, terens

Digitized by Google

venenum *in secreta domus parte* und deshalb des parricidii angeschuldigt, sich nur damit auszureden wußte, er habe sich mit dem von ihm auf der Stelle weggeschütteten Gifte selbst vergeben wollen, in der Verzweiflung darüber, daß sein harter Vater darauf bestehe, er dürfe nicht, wie er wünsche, zu Hause bleiben, sondern müsse zum Militär zurückkehren. In der Station, in welcher er überrascht wurde, konnten noch keine mißlungene weitere Versuche, das Gift wirklich beizubringen, vorgekommen seyn, welche nach Luden zu der Anschaffung des Gifts hinzukommen müssen, um die Handlung als Versuch strafbar zu machen. Dennoch sehen beide Schriftsteller das Verbrechen als indicirt und die Anklage so wenig als frivol an, daß es einzig darauf ankomme, ob die bei der durch wiederholte Rückkehr vom Feldkriegsdienste bewiesenen Liebe zum Leben an sich nicht sehr wahrscheinliche Ausrede des Sohnes Glauben verdiene oder nicht, worüber das pro et contra zweckmäßig auszuführen, sie ausführliche Anleitung geben, deren es gar nicht bedurft hätte, wenn die Anklage brevi manu als noch zur Zeit gar nicht begründet verspottet werden durfte, weil das Gesetz keinen andern Beweis der mörderischen Absicht gelten lasse, als den vereitelten Versuch, das Gift in die Speisen zu mischen oder gar wirklich darzureichen. Als ob der schwarze Anschlag nicht durch Mitschuldige oder durch Gehülfen, die er ins Vertrauen gezogen hat, oder durch den Apotheker, von dem er sich das Gift unter verdächtigen Umständen zu verschaffen wußte, verrathen werden und ein vollbeweisendes Bekenntniß bewirken könnte? — Als ob überhaupt in der den Versuch bildenden Handlung ein für sich bestehender, keiner äußern Unterstützung bedürftiger voller Beweis des vorhabenden Verbrechens liegen müsse, da es doch genügt, daß sie „die von jedem Rechtsschaffenen gemiedene Ge-

Digitized by Google

staltnuß des Uebels, so bösen Leumuth macht", zeige [6]) oder als indicium proximum betrachtet werden könnte? — Daß die zuverlässige Entdeckung, daß jemand, um eine gewisse Person damit zu vergeben, das Gift bereit gehabt habe, schon genügt, beweiset auch derselbe Quintilian, indem er diese Art Decl. 281. dem Angriffe mit einem tödtlichen Werkzeuge gleichstellt: nunquam mens exitu aestimanda, nam et qui impetum in patrem fecisset stricto gladio, retentus diceret non occidi. *Si venenum paratum deprehendissem*, diceret non occidi. Auch unsre germanischen Rechtsbücher und Statuten stehen nicht entgegen, und scheinen vielmehr nach der namentlich im lübischen Rechte sich erhaltenen Zusammenstellung „des Umgehens mit Zauberei, Weikerei und Vergiftung", also mit den maleficiis im engsten Sinne, aus dem römischen Rechte geschöpft und folglich auch nach demselben zu interpretiren.

Mit diesen wenigen berichtigenden Bemerkungen will ich jedoch dem Verdienste jener anziehenden Schrift nicht zu nahe treten. Sie sollen vielmehr, wie das Oel eine Maschine vor der Friction bewahrt, der in derselben aufgestellten Theorie nur die gehörige Geschmeidigkeit für die Anwendung geben. Denn im Uebrigen ist man ihrem

6) Halsgerichts-Ordnung Art. 61.: „Wann man soll sich nach der Sag der recht nit alleyn vor Vollbringung der übelthat, sonder auch vor aller gestaltnuß des übels, so bösen Leumuth oder anzeygen der Missethat machen, hütten, und wer das nit thett, der würde deshalb seiner beschwerd selbst Ursach sein." Damit ist zugleich, wenn ich mich so ausdrücken darf, der ästhetische Charakter des Versuchs, oder dasjenige, was den letzteren neben der Richtung auf das Ziel eines Verbrechens fühlbar macht, gezeichnet. Diese Stelle wirft ein Licht auf das, was der Art. 178. unter „scheinlichen Werken" gemeint hat, worauf auch Luden's Scharfsinn als zu einer näheren Erläuterung der beigefügten Dienlichkeit zur Vollbringung der Missethat einen so wohlgetroffenen Accent legt.

Digitized by Google

Verfasser die Anerkennung schuldig, daß er die wahre Physiognomie des strafbaren Versuchs aus dem fruchtbaren Detail unsers klassischen Rechts sehr gründlich geschöpft hat. Besonders treffend ist in dieser Beziehung die Regel: „Eine Handlung wird nur alsdann als Versuch betrachtet, wenn sich der Verbrecher dadurch in die Lage versetzt hatte, das Verbrechen ohne weitere Vorbereitungen und weitere Unterbrechungen vollenden zu können." Dadurch wird die Sache auf das von mir aus dem philosophischen Standpunkte zu entwickeln versuchte Gesetz der Stetigkeit zurückgeführt und man muß sie nur in der Anwendung cum grano salis verstehen, daß die noch übrigen Schwierigkeiten oder Verrichtungen nur noch der Ausführung entgegenstehen und im Vergleich mit dem schon überwundenen nicht mehr von dem Belange seyen, um an dem Muthe und Triebe zum Verbrechen und an dem Vertrauen zu dem Erfolge, in dem sich der Thäter schon gewagt hat, zu zweifeln. Deswegen habe ich zugegeben, daß man den eignen Fall, wo das erlangte Mittel zur Ausführung des Verbrechens für den Anfangspunkt eines strafbaren Versuchs gilt, nicht in eine allgemeine Regel umschaffen darf, und daß zu einer solchen Ausdehnung in unseren positiven Quellen kein zureichender Grund gegeben ist. Und selbst bei diesen speciellen Entscheidungen darf man nie vergessen, daß zu jedem Versuche ein Object, dem es gilt, also namentlich beim Giftmorde eine bestimmte Person, und die durch Ort und Zeit bedingte empirische Möglichkeit (das an potuerit des Modestin) gehört, in dem Bewußtseyn des Handelnden so einheimisch, daß er den Muth hat, zur That zu schreiten, und daß es außer ihm liegt, wenn dieses nicht im Augenblicke geschieht. Es wäre eine unverständige Anwendung, wenn man den Satz auf den Wüttemberger anwenden wollte, der sich zu Stuttgart Gift kauft, um den Louis Philipp zu Paris

Digitized by Google

oder den Sultan Machmud in Constantinopel zu vergeben, da hier umgekehrt die noch übrigen Schwierigkeiten die unvergleichlich größeren sind und die zu jedem strafbaren Versuche erforderliche Entschiedenheit und Bereitschaft nicht aufkommen lassen. Unsre Klassiker mögen zunächst Hausgenossen und solche Leute im Auge gehabt haben, die der Gelegenheit zum Mischen in die Speisen ꝛc. im voraus gewiß und dadurch von mehr, als einer blos eingebildeten Gefährlichkeit sind. Auch liegt die Vermuthung nicht fern, daß, so lange die alte Gerichtsordnung noch bestand, und der Gifthereiter gleich dem Giftmörder gestraft werden mußte, man gewiß die geringste Wahrscheinlichkeit eines noch schwankenden Vorsatzes oder einer nicht völligen Bereitschaft zum Handeln ergriffen hat, um die Strenge des Gesetzes zu umgehen, wie eben jedes Extrem zum andern führt. Die angeführten Discussionen bei dem Rhetor Seneka geben einen Vorschmack dieser Art. Im letztern Punkte hätten wir bei unsrer milden Bestrafung des Versuchs keine Ursache, sie gerade zum Muster anzunehmen, wenn wir auch über die damalige Praxis genauere Nachrichten hätten, als wirklich der Fall ist, und auch das Erstere erscheint als ein blos zufälliges Merkmal, das, wo aus anderen Gründen die gleiche Ueberzeugung vorliegt, nur leitend, aber nicht bindend ist. Es gilt einer bloßen Beweisfrage, der Richter soll keine bloße Maschine, sondern ein lebendiges Organ des Rechts seyn, und es ist ein falscher Liberalismus, der ihm dieses aus Mißtrauen und Verachtung so gern verkümmert, uneingedenk der edlern Bestimmung, welche gerade das constitutionelle System diesem wesentlichen Mittelgliede zwischen der gesetzgebenden und vollstreckenden Gewalt anweiset, uneingedenk der abscheulichen Folgen, wozu die dennoch nur zu verkümmernde und nicht ganz zu verbannende freie Auslegung und Anwendung auf der andern Seite führt, weil damit der

Digitized by Google

auf ein auf moralische Dinge schlechthin unanwendbares Entweder Oder beschränkten Cognition jedes Arbitriren auch in mitius abgeschnitten wird.

Nicht minder irrig wäre es, wenn man das Giftbereiten als Casus unicus betrachten wollte. Der württembergische Strafgesetzbuchs-Entwurf hatte, obgleich der neuen Versuchstheorie in rigoristischer Ansicht folgend, dennoch den Falschmünzer, der bis zum Anschaffen von Stempel und Präg-Instrumenten fortgeschritten war, schon als strafbar angesehen, wobei es auch Art. 211. des Gesetzbuchs geblieben ist, und es mußte nur der Contrast auffallen, daß er in Beziehung auf angeschafftes Gift von dem gemeinen Rechte abwich und die Beistimmung der ständischen Commission erhielt, was jedoch nach Art. 242 am Ende anders bestimmt worden ist. Denn beide Verbrechen haben sich schon in einem Beginnen gewagt, das beinahe jeden Zweck verliert, wenn es nicht auf das Verbrechen bezogen wird, und also eine selten trügliche Anzeige eines solchen bestimmten verbrecherischen Vorhabens bildet, in Beziehung auf das Gift von der Carolina und in Beziehung auf den Besitz der Präg-Instrumente durch ein Statut des englischen Rechts anerkannt, welches sogar so weit geht, diesen Besitz oder dargethanen Gebrauch als vollständigen Beweis des Verbrechens festzustellen. Beide Verbrechen gehören nicht zu den gewaltthätigen, welche sich erst noch auf eine herzhafte Reaction gefaßt machen müssen, sie werden eben so hinterlistig und heimlich ausgeführt, als die Vorbereitung, welche dazu in den Stand setzt, und erfordern keinen besondern Muth, sondern die schon zur Genüge bethätigte Schlechtigkeit, deren Ausbruch nicht wohl aus einem blos aufwallenden Affecte zu erklären ist [7]). Daß der Giftmischer, mangelt es ihm

7) Der Jude Philo sagt sehr wahr: Homicidas, eosque, qui palam aggrediuntur videre et vitare licet, at occultae

Digitized by Google

nicht an der Gelegenheit, von seinem Ziele viel ferner stehe, ist billig zu bezweifeln, wenn man an das so häufige Mißrathen der Fabrication denkt, welches die Lust zur Erogation noch verderben kann. In gleicher Linie steht meiner Meinung nach, im Geiste unsers heutigen Rechts das von einer unehelich schwangern Dirne sich angeschaffte Abortivmittel, welches zu jeder beliebigen Stunde eingenommen werden kann und nicht nur vollkommen zur Ausführung in den Stand setzt, sondern auch den schon bewiesenen Trieb zum Verbrechen durch einen neuen Reiz verstärkt. Eben so bei Betrügereien, welche durch Fälschung von Urkunden bezweckt werden, wie, wenn der Schuldner die Unterschrift einer falschen Quittung von seinem Gläubiger erschlich, oder die in einer ächten Quittung bescheinigte Abschlagszahlung durch eine geschicktere Aenderung der Summe vergrößerte. Daß ein solcher falsarius straflos davon komme, wenn er sich eines Besseren besinnt und von dem sich verschafften falschen Beweismittel keinen Gebrauch macht, ist nach der Regel eines freiwillig aufgegebenen Versuchs ganz in der Ordnung. Daß ihm aber dieser Anfang, auch wenn er wider seinen Willen entdeckt wurde, bevor es zu einem Gebrauch kommen konnte, und dieser also unwillkührlich gehindert war, mit Rücksicht auf die zu Gunsten der Vertheidigung unterstellte bloße Möglichkeit und ohne näheren Beweis für die Wirklichkeit mindestens bei bloßen Privaturkunden eben so straflos hingehen soll, wie es unser Strafgesetzbuch nach den Motiven des hierin angenommenen Entwurfs feststellt, will mir nicht recht einleuchten, und das auch in der Praxis befolgte gemeine Recht war nach dem fecerit, recitaverit, subjecerit, scripserit etc. einer stren-

insidiae et venena, quae in convivio et inter mensae sacra, inter amicos et sodales praebentur, vix caveri possunt.

Digitized by Google

genen Ansicht. Doch läßt sich dafür anführen, daß die im Leben vorkommenden Fälschungen dieser Art selten so täuschend gelingen, um sich davon einen Erfolg zu versprechen, und daß daher erst der Gebrauch die zum Handeln nöthige subjective Ueberzeugung, in welcher sich der Urheber vollkommen in den Stand gesetzt glaubte, sein Verbrechen ohne Weiteres ausführen zu können, außer allen Zweifel setzt, was jedoch bei öffentlichen Urkunden noch öfter der Fall ist, wobei gleichwohl der Art. 219. das Gegentheil annimmt. Um indessen auf unser gemeines deutsches Recht zurückzukommen, so hat Luden die Hauptstelle richtig angeführt und erläutert. Si falsos codicillos ab his, contra quos supplicas, factos esse contendis, non ideo *accusationem* evadere possunt, quod se illis negent uti; nam illis prodest instrumenti usu abstinere, qui non ipsi falsi machinatores esse dicuntur, et quos periculo solus usus adstrinxerit. L. 8. C. IX. 22. „Wer also eine falsche Urkunde nicht selbst gemacht hatte, konnte nur dann gestraft werden, wenn er wirklich Gebrauch davon gemacht hatte. Der bloße Besitz derselben, selbst in der Absicht, sie betrügerisch zu gebrauchen, war straflos; denn der Gebrauch allein setzte der Gefahr der Anklage aus, so daß bei dem bloßen Besitze der falschen Urkunde gar nicht darnach gefragt werden konnte, in welcher Absicht dieses geschehen war." Auch diese Auslegung ist wohl zu stark ausgedrückt. Sie ist wahr, wenn der Besitz so unschuldig erlangt ist, daß er dem jetzigen Inhaber gar nicht als eignes Factum imputirt werden kann, wie wenn ich unter den Papieren meines Erblassers ein von mir für ein Machwerk erkanntes Codicill finde, in welchem Legate stehen, die ihm noch bei seinem Lebzeiten anfielen. Bevor ich irgend einen Gebrauch davon mache

Digitized by Google

durch Production oder Berufung auf dasselbe, darf mir einmal, wenn es auch bei mir noch wohlverwahrt gefunden wird, die Schutzbehauptung nicht verworfen werden, daß ich nur, der Ehre des Verstorbenen zu lieb, davon geschwiegen, aber nie mich unterstanden haben würde, davon Gebrauch zu machen, eine Schutzbehauptung, welche demjenigen, der das falsum selbst gefertigt hat, nach obiger Stelle nicht geglaubt werden soll, weil ein solches ohne Vorbedacht und Geflissenheit nicht entstehendes Machwerk nur durch Beziehung auf seinen betrügerischen Endzweck begreiflich wird. Dann aber, wenn gleich die unterlassene Vernichtung des dem Erben bei redlicher Absicht unnützen Documents diesen immerhin verdächtig macht, so bliebe doch die bloße Aufbewahrung und Absicht, dasselbe wirklich benutzen zu wollen, eine blos innere, in der eignen Rechtssphäre sich verlaufende Handlung, welche bei der bloßen Fortsetzung des nach seinem Anfange zu beurtheilenden Besitzes noch keinen strafbaren Versuch bilden würde, und also fällt hier jeder Stoff zur Anklage hinweg. Er befindet sich in dem Falle desjenigen, der mit falschem Gelde betrogen worden ist und, mag er auch den Betrug hintennach eingesehen und das Geld darum nicht weggeworfen haben, doch erst dann selbst als Betrüger auftritt, wenn er es wieder als ächt auszugeben versucht. So wie aber dieser sehr verschieden ist von demjenigen, der dergleichen schlechte Münzen um einen geringen Preis eingewechselt hat, um sie als ächte wieder in Curs zu setzen, so darf man auch die obige Stelle nicht vermittelst des gerade bei den Constitutionen des Codex am meisten bedenkliche argumentum a contrario sensu [8]) so strict

8) Vergl. V. Gu. Forsteri Observationum L. II. cap. XXIV. Witebergae 1609. Auch in Otto's Thes. abgedruckt.

Digitized by Google

verſtehen, als ob nichts auf den natürlichen Unterſchied ankomme, ob der Beſitz des falſchen Inſtruments zufällig und ohne eine in die Zurechnung fallende Schuld erlangt iſt, oder ob jemand ſich ein, wenn auch von einem Andern verfertigtes Inſtrument ſchon in betrügeriſcher Abſicht verſchafft hat, gleichviel, ob durch ein ſelbſtſtändiges Vergehen, wie durch eine Entwendung, oder durch eine an ſich unverbotene Handlung, wie durch einen Kauf, Tauſch oder Vergleich.

(Beſchluß im nächſten Stücke.)

Digitized by Google

XIV.

Noch einige Bemerkungen über die Original-Ausgabe von J. Gobler's Ueberſetzung der Peinl. Gerichts-Ordnung.

Von

Abegg.

Nachdem ich vor einigen Jahren eine neue Ausgabe der Verſion der P. G. O. von Juſtinus Gobler veranſtaltet, und ſo dieſes ſeltene wichtige Werk allgemein zugänglich gemacht, nahm ich Veranlaſſung, in unſerm Archive *) die Gründe darzulegen, welche die ſchon von Wächter ausgeſprochene Annahme unterſtützen, daß nur eine einzige Ausgabe jenes Werkes, nämlich die, welche Basileae, ex officina Joannis Oporini, anni salutis M. D. XLIII. Mense Augusto erſchienen iſt, bis jetzt exiſtirt habe, woraus ſich dann unter andern die Seltenheit des Werkes ergiebt. In jener kleinen Abhandlung habe ich das von mir wieder ans Licht gezogene Exemplar der Bibliothek des Breslauer Marien-Magdalenen-Gymnaſiums näher beſchrieben und nachgewieſen, daß daſſelbe mit den übrigen mir bekannten und überhaupt mit den wenigen jetzt vorhandenen Exemplaren gänzlich übereinſtimme.

*) Jahrgang 1837. S. 306 f.

Digitized by Google

Zu dem dort Angeführten kommt jetzt noch eines, welches ich ohnlängst so glücklich gewesen bin aus der Kreyßig'schen Bücherversteigerung zu Halle zu erwerben. Nach sorgfältiger Vergleichung mit dem früher beschriebenen Abdruck kann ich nun als fernere Bestätigung der bereits geäußerten Meinung anführen, daß auch dieser Abdruck bis auf die unbedeutendsten Einzelnheiten und überhaupt durchgängig so übereinstimmt, wie es zu erwarten stand. Dieses ist auch der Fall mit dem Exemplar, welches Roßhirt besitzt *).

Demnach sind, wenn ich richtig gezählt habe, (mit Einschluß des Exemplars, welches Walch bei seinem Glossarium benutzt hat, und von dessen weiterm Schicksale mir nichts bekannt ist,) acht durchaus gleiche Abdrücke jener Ausgabe zur Zeit in Deutschland bekannt; keine einzige aber, die von dieser abwiche. Sollten auch noch mehrere, die in Bücherschätzen verborgen sind, mit der Zeit zum Vorschein kommen, so bleibt immer das Original-Werk, welches jedes Lehrbuch als ein unentbehrliches, den meisten Verfassern selbst fremdes, Hülfsmittel erwähnt, so selten, daß ich es nicht bereue, es wieder herausgegeben zu haben, wie ich denn durch vielfachen freundlichen Dank und dadurch insbesondere mich belohnt fühle, daß nun, wo eine große Anzahl von Gelehrten diese Version des Zeitgenossen Carls V. benutzen können,

*) S. Dessen Geschichte und System des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1838. I. S. 251. Ich vermuthe, daß es dasjenige ist, welches aus der Bibliothek des seligen GHR. Glück in Erlangen vor einigen Jahren nach Heidelberg — im Wege der Versteigerung — gekommen ist. Uebrigens hatte Koch wohl recht, die Ausgabe für selten zu erklären, was sie noch jetzt ist, wo nur vier öffentliche Bibliotheken (Tübingen, Celle, Heidelberg und Breslau) und einige Privatpersonen sie besitzen, und auffallend bleibt es immer, daß Koch's ausgebreitete literärische Verbindungen und öffentliche Aufforderungen Jahre lang erfolglos gebraucht wurden.

Digitized by Google

vielleicht auch noch ein anderer Gewinn erreicht wird, als die Befriedigung eines literärgeſchichtlichen Intereſſe.

Es ſey mir erlaubt, zur Vervollſtändigung deſſen, was ich in der erwähnten Abhandlung und in der praefatio meiner Ausgabe der Ueberſetzungen des J. Gobler und G. Remus ausgeführt habe, noch kürzlich mein Exemplar zu beſchreiben.

Die Goblerſchen zuſammengedruckten Werke machen den Anfang, wie ſie das gemeinſchaftliche Titelblatt bezeichnet, und zwar zuerſt die *Versio* der C. C. C., welche S. 150. ſchließt. Jedoch fehlt das zweite, die Ueberſetzung des Landfriedens, an deren Stelle hier einige handſchriftliche Notizen und zwei Urtheile der Facultäten zu Leipzig und Jena ſich finden. Daß übrigens dieſer Defect nur zufällig ſey und nicht auf eine andere Ausgabe des Geſammt-Inhalts ſchließen laſſe, ergiebt ſich, außer der ſchon früher nachgewieſenen Identität, theils aus dem Haupttitelblatt, theils daraus, daß nur der mit dem auch ſonſt überall ſich findenden Titelblatt verſehene Commentar in legem Respiciendam titulo Pandectarum de poenis ſich anſchließt, und zwar mit S. 179 bis S. 205, worauf noch das Schlußblatt mit einer Vignette, mit der Umſchrift virtuti nulla est via invia, folgt, wie es auch die andern Abdrücke enthalten.

Hieran ſchließen ſich eine große Menge handſchriftlicher Aufſätze über bürgerlichen Prozeß, Kirchenrecht, Strafrecht ꝛc., wovon vielleicht Einiges zur Mittheilung ſich eignet.

Ungebunden iſt das nicht paginirte Lexicon juris civilis, ex receptissimis autoribus, recens exacto studio collectum, worauf endlich wieder einige handſchriftliche theologiſche Gutachten über Fälle aus dem Eherechte den Beſchluß machen, ſämmtlich aus dem ſechzehnten Jahrhundert, und zierlich geſchrieben.

Digitized by Google

Nachtrag.

Nachdem Vorstehendes bereits zum Druck abgesandt war, ist mir die wohlwollende Anzeige meiner neuen Ausgabe von den Uebersetzungen des Gobler und Remus zugekommen, welche Herr Professor Dr. Herrmann in Richter's Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, in Jahrgang 1838, Heft X. S. 893 ff. geliefert hat.

Derselbe billigt mein bei der Herausgabe beobachtetes Verfahren, und bemerkt: „Die Hauptaufgabe war, für einen diplomatisch genauen Abdruck zu sorgen. In wie weit dieses mit Gobler, wo es am wichtigsten war, erreicht sey, vermag ich nicht bestimmt zu sagen, da mir keine Ausgabe von 1543 zur Vergleichung zu Gebote steht. Doch ist die Versicherung des — Herausgebers p. XII. völlig beruhigend. Wenn ich nun demnoch bei sorgfältiger Benutzung des Buches manche sinnentstellende Druckfehler und Weglassungen fand, so sind sie jedenfalls dem Original von 1543 zuzuschreiben."

Ich bin dem Verfasser jener Recension für dieses Vertrauen nicht minder, wie für die Sorgfalt, mit der er das Werk durchgesehen hat, zum aufrichtigen Dank verpflichtet, den ich nicht besser darlegen kann, als indem ich das Ergebniß meiner Vergleichung seiner Erinnerungen mit der Original-Ausgabe veröffentliche, und damit auch die Besitzer der neuen Ausgabe, welche den Originaltext nicht selbst zu benutzen Gelegenheit haben, beruhige. In der That findet sich bestätigt, was Herr Professor Herrmann vermuthet, daß jene Fehler dem Original zuzuschreiben sind. Ich hatte weder Beruf sie zu verbessern, noch schien es mir nothwendig, sie überall anzuzeigen, zumal da über die Art, wie Gobler und Remus

Digitized by Google

den Text wiedergegeben haben, von Wächter und mir das Erforderliche bereits bemerkt worden iſt.

Der Rec. ſagt S. 899: „Meine weſentlichen Beiträge zur reinen Herſtellung des Goblerſchen Textes ſind folgende:"

„Art. 15. Z. 2. folgt nach *crimen* etwas, was dem untaugbar iſt der P. G. O. entſpricht."

Ich gebe zu, daß hier etwas vermißt werden könne, doch findet ſich in der That in der Original-Ausgabe der Satz nicht anders, als in meinem Abdrucke.

„Art. 24. in rubr. fehlt nach dem *aut* eine Negation."

Das Original iſt von mir getreu wiedergegeben: „ex sequentibus indiciis *non specificatarum hoc loco, aut expressarum suspicionum* similitudines esse sumendas", und ich glaube, daß man hier Gobler in Schutz nehmen könne.

„Art. 25 z. E. muß in den Worten *ut non occisionem* das *non* wegfallen."

Damit ſtimme ich überein, doch iſt auch hier der Originaltext der Goblerſchen Verſion von mir beibehalten.

„Eine ſinnloſe Weglaſſung iſt im Art. 44. mv. et ceu probato fuerit, wodurch die Worte des Art. 45. der P. G. O. wiedergegeben werden ſollen: und für bewieſen angenommen oder bewieſen erkannt würd."

Gobler hat aber, wie es bei mir ſteht, nur daß ſtatt proba*to*, wie es bei Herrmann wohl durch einen Druckfehler heißt, in beiden Ausgaben, richtig proba*ta* ſteht.

„Art. 56 z. E. muß es ſtatt *ex ore* heißen, ex *errore* (aus Irrſal in der P. G. O.)"

Dies iſt ein offenbarer Fehler in dem Originaldrucke, den ich allerdings, da ich ihn nicht zu verbeſſern

Digitized by Google

gewagt, wenigstens in einer Note hätte rügen sollen. Wer freilich den Schluß des Satzes „poterit judex captivum, — ad probandum *talem errorem* admittere" berücksichtigt, wird, selbst ohne das deutsche Werk zu Hülfe zu nehmen, jene Emendation machen.

„Art. 70 z. E. ist wohl statt *estis* zu lesen *gestibus*, da mit diesem Wort offenbar der Ausdruck der P. G. O., inen ausserlichen Geberde, wiedergegeben seyn soll."

Hier ist der Rec. im Irrthum, zu dem ihn die von mir angeführte Version von Clasen veranlaßt hat: welche sagt: quibus *gestibus*, quove vultu loquantur (sc. testes). Bei Gobler würde es nach seiner Emendation heißen „*gesseritque gestibus*", was theils eine bei diesem nicht zu suchende, und sonst auch bedenkliche Eleganz wäre, theils das Subject vermissen ließe. Im Original heißt es: gesseritque *testis*, so daß erstes Wort die Uebersetzung von „ausserlicher Geberde" ist, *testis* aber wörtlich die Zeugen, mit größerer Treue als bei Clasen, wiedergiebt. In meiner Ausgabe muß bei dem letzten Abdruck das *t* vor estis ausgefallen seyn, was ich bei der Revision nicht vermißt habe. Doch könnte mir, bei der Entfernung des Druckortes, wohl etwas entgangen seyn, wie dies

„Art. 73." wirklich der Fall ist, wo i. A. allerdings statt „con*f*essum" gelesen werden muß: „consessum."

„Art. 104. Z. 9. fehlt wohl nach *poenam* ein Wort, das dem gesetzet in der P. G. O. entspricht."

Auch hier ist mein Text genau nach dem Goblerschen gedruckt. Gobler mag wohl das nachfolgende „permittunt", auch auf dieses capitalem poenam bezogen haben.

„Art.

Digitized by Google

„Art. 117. in rubr. vv. incestus seu cum iſt das *seu* zu ſtreichen, offenbar eine Gemination."

Im Original heißt es, wie bei mir: „poena incestus, seu cum cognatis et propinquis." Gobler's Ueberſetzung, die hier auch nicht die Worte, ſondern mehr den Sinn des deutſchen: „Straff der unkeuſch mit nahenden geſippten Freunden" giebt, will ich hier vertheidigen.

„Art. 156. ſtatt legitimae lies legitima."

Gobler hat wirklich legitimae, als wenn es auf das vorgehende ambae partes ſich bezöge. Allerdings muß es mit dem nachfolgenden vocentur verbunden werden (rechtmeſſige verkündung).

„Art. 172. Z. 4. fehlt etwas nach simul eum sacro ipso, vielleicht vel sine eo."

Allerdings hat Gobler in dem Satz „mit oder ohne Heilthumb" das „ohne" unüberſetzt gelaſſen (eben ſo Claſen), aber auch hier iſt ihm meine Ausgabe treu geblieben.

Digitized by Google

XV.

Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften.

1) Lehrbuch des gemeinen Criminalprozesses mit besonderer Berücksichtigung des preußischen Rechts. Von Abegg. Königsberg 1838.

2) Grundlinien des gemeinen deutschen Criminalprozesses. Von Dr. Zachariä. Göttingen 1837.

3) Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprozesses. Von Dr. Müller. Braunschweig 1837.

4) Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. Von E. Henke. IVter Theil. Berlin 1838.

5) Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde. Von Dr. von Jagemann. Frankfurt 1838.

6) Commentar über die wichtigeren Paragraphen der Preußischen Criminalordnung. Von Dr. Teine. Berlin 1838.

Für die Ausbildung des Strafprozesses ist in den letzten Jahrzehnden unfehlbar Vieles geleistet worden, vorzüglich durch die Aufsuchung von Grundsätzen, welche den Inquirenten und urtheilenden Richter leiten sollen, und dem Gesetzgeber vorschweben müssen. Die Forschungen über Strafrecht machten auf die Nothwendigkeit aufmerksam, für das, was man Praxis nennt, und für die richtige Auslegung der Rechtsquellen einen festen Anhaltspunkt aufzusuchen, der am besten durch die ge-

Digitized by Google

ſchichtliche Behandlung des Rechts gewonnen werden kann. In den italiäniſchen Schriftſtellern des Mittelalters ſind bereits viele der Sätze aufgeſtellt, welche die ſpätere Praxis lehrt, und in den italiäniſchen Statuten, von denen jetzt den zweite Band der **Monumenta historiae patriae**, Taurin. 1838, eine koſtbare Sammlung von vielen bisher ungedruckten Stadtrechten enthält, liegen die wichtigſten Zeugniſſe der Praxis des Mittelalters, welche die Stellen des römiſchen Rechts, die Anſichten der geiſtlichen Gerichte mit den Bedürfniſſen und neuen Verhältniſſen verband, und welche den italiäniſchen Schriftſtellern vorgeſchwebt zu haben ſcheint. Es iſt nicht zu bezweifeln, daß Schwarzenberg die Arbeiten der Praktiker ſeiner Zeit kannte, in die Schriften von Gobler, Brand, Tengler waren die Anſichten der italiäniſchen Schriftſteller übergegangen, und in den Statuten aus dem Ende des 15ten Jahrhunderts und aus dem Anfange des 16ten fanden ſich entſchieden die Vorſchriften, welche allmählig in den italiäniſchen Statuten ſich ausgebildet hatten, und ihren Weg nach Deutſchland fanden. In der neueſten Zeit ſind in dieſer Beziehung zwei auch für die Geſchichte des Strafprozeſſes höchſt wichtige Werke erſchienen, welche ein neues Licht auf die Quellen der Carolina werfen und die Anſichten entwickeln, aus welchen der Verfaſſer der Bambergensis ſchöpfte. Es iſt dies das Werk von Roßhirt: Geſchichte und Syſtem des deutſchen Strafrechts, Stuttgard 1838 (bis jetzt ein Theil), und die Schrift von Zöpfl: Das alte Bambergerrecht als Quelle der Carolina, Heidelberg 1839. Die Wichtigkeit beider Werke macht es nothwendig, in einem ausführlichen Artikel ſie in dieſem Archive nächſtens anzuzeigen. — Prüft man den Zuſtand des Strafprozeſſes in Deutſchland genauer, ſo bemerkt man bald den Mangel einer feſten Grundlage. Ein Inquirent hält ſich für berechtigt, gegen einen Inculpaten wegen Lügen körperliche Züchtigung zu erkennen, ein Anderer verfügt Hausſuchung auch bei entferntem Verdacht, ein Dritter dehnt das Mittel der Beſchlagnahme der Briefe auf alle Briefe der Freunde und Bekannten des Angeſchuldigten aus; wird ein ſolcher Beamter wegen ſeines Verfahrens zur Verantwortung gezogen, ſo beruft er ſich auf die Zweckmäßigkeit und führt ein Paar Compendien über Strafprozeß an, in welchen die angewendete Maaßregel gebilligt wird. Vergleicht man erſt in Be-

Digitized by Google

gen auf die Beweislehre die Aussprüche der verschiedenen Gerichtshöfe, die nach dem gemeinen Rechte zu urtheilen haben, so ist die Verschiedenheit der Ansichten noch größer. Während man in einem Gerichte auf das Zeugniß von drei Mitschuldigen zur vollen Strafe verurtheilt, spricht man bei einem andern Gerichte nur absolutio ab instantia aus, und die Art, mit der man den Art. 22. C. C. C. in Bezug auf den Indicienbeweis wegzuräsoniren versteht, ist, wenn auch nicht wegen des gesetzlichen Sinnes der kunstreichen Verdreher, aber doch wegen der Gewandtheit, mit der man die Illegalität zu rechtfertigen versteht, bewunderungswürdig. Auch hier findet jeder Gerichtshof, welcher die eine oder andere Meinung annimmt, Rechtfertigung in den Darstellungen der Compendien. — Ein solcher Zustand ist kein wünschenswerther. Vergebens fragt man: was als Recht gilt, vergebens berufen sich die Angeschuldigten und ihre Defensoren auf verletztes Recht. Niemand weiß, welches Recht verletzt ist. Selbst in dem nämlichen Lande ist kein fester Gerichtsgebrauch; es giebt so viel Prozeßführungen, als es Inquirenten giebt. Durch eine noch so sorgfältige historische Behandlung der Rechtsquellen wird nicht hinreichend geholfen; denn hier kommt es auf so viele Formen und formelle Requisite an, welche in den Quellen gar nicht bestimmt sind und wo begreiflich immer eine Verschiedenheit der Ansichten vorkommen wird. Für manche Lehren des Strafprozesses, z. B. um das Verhältniß der General- und Specialuntersuchung richtig zu erkennen, oder die Lehre von den Gerichtsständen zu entwickeln u. A., ist zwar die historische Forschung unentbehrlich; für den bei weitem größten Theil der Lehren des Strafprozesses kann man aber aus der Geschichte nichts schöpfen; die Quellen schweigen; denn vergebens sucht man Vorschriften über Haussuchung, Confrontation, Beweis durch Sachverständige u. A. Ueberall stößt man, selbst bei der Anwendung römischer Stellen und der Vorschriften der Carolina auf Schwierigkeiten, die dadurch entstehen, daß bei uns der Inquisitionsprozeß gilt, während jene Stellen sich auf den Anklageprozeß bezogen. Fragt man nun, was für die Ausbildung und wissenschaftliche Entwickelung des gemeinen deutschen Strafprozesses geleistet werden soll, so reducirt sich die Antwort auf Folgendes. Nothwendig wird 1) eine gehörige Erforschung der Grundsätze, welche überhaupt im Crimi-

Digitized by Google

nalprozesse den Gesetzgeber belehren müssen, welche Vorschriften er erlassen darf, und den Richter leiten sollen, wenn er in einem Zweifelsfalle sich befindet, wo es darauf ankommt, das Gesetz auszulegen oder Lücken des Gesetzes zu ergänzen. Diese Grundsätze werden theils aus der Natur, aus der Aufgabe und dem Zwecke des Strafprozesses, theils aus den Forderungen der Klugheit abzuleiten seyn. Die Ersten setzen dem Richter Schranken und sind auf das Verhältniß der Anklage zur Vertheidigung, auf die Forderungen gebaut, daß jedes Mittel vermieden werde, welches die Unschuld und die Entdeckung der Wahrheit gefährden kann, daß Niemand ein Uebel als rechtliche Folge eines Verbrechens leiden darf, wenn nicht die Gewißheit seiner Schuld hergestellt ist, daß nie ein schwereres Mittel angewendet werden kann, so lange durch ein gelinderes das Nämliche zu erreichen ist, und daß endlich zwischen der Anklage und der Vertheidigung ein gerechtes Verhältniß aufgestellt werde. Nicht weniger bedeutend aber sind im Strafprozesse jene Rücksichten, welche die Klugheit lehrt, die Zweckmäßigkeit gebietet und die Erfahrung bewährt. Hier sind es nicht absolute Regeln, welche in einem Gesetzbuche aufgestellt werden können, es sind vielmehr Regeln, bei deren Anwendung das Ermessen des Richters entscheiden muß, wo es nur auf Warnungen vor den Folgen unzweckmäßiger Veranstaltung gewisser prozessualischer Handlungen oder auf gewisse Vorsichtsmaaßregeln, oder auf eine bestimmte nach der Erfahrung am meisten erprobte Einrichtung der Akte ankommt. Ueber Vornahme der Confrontation, der Verhöre, der Urkundenrecognition, der Hausuchung werden zum großen Theile nur Klugheitsregeln aufgestellt werden können. 2) Eine wissenschaftlich-praktische Entwickelung des Strafprozesses erfordert ferner die Erörterung der wahren Natur der Grundform des Strafprozesses, die den gemeinen deutschen Prozeß durchdringt, nämlich die Erforschung der Natur des Inquisitionsprozesses. Die Geschichte liefert hier treffliche Materialien, um die allmählige Ausbildung dieser Prozeßform zu lehren; allein dies reicht nicht hin; zwar ist nachzuweisen, wie häufig einzelne Juristen auf die Ausbildung der Praxis einen großen Einfluß gewannen; allein dadurch wird die wahre Natur des Inquisitionsprozesses nicht klar. Die Wahrheit siegt nur langsam; jenen Männern, die über den Prozeß schrieben, z. B. Carpzow,

Digitized by Google

Brunnemann u. A. schwebte wohl die richtige Ansicht vor; aber die Erkenntniß derselben ist nur das Produkt der gründlichen Prüfung des Zwecks, verglichen mit den Mitteln, durch welche dieser erreicht werden soll; hier ist unfehlbar zur Aufklärung und Verdeutlichung das Studium der vergleichenden Gesetzgebung von Bedeutung. 3) Nicht weniger fordert die wissenschaftliche Behandlung des Strafprozesses eine Aufsuchung des Grundsatzes, der in jeder einzelnen Lehre leiten muß; das Verhältniß der Lehre zum Ganzen, zum Zwecke des Prozesses, die Natur der Handlung, auf welche es ankommt, ihr specieller Zweck und die Beschaffenheit der anzuwendenden Mittel — werden hier zur Aufsuchung des richtigen Grundsatzes führen, z. B. in Bezug auf Verhaftung, Verhältniß der General- und Specialuntersuchung. 4) Ganz vorzüglich aber bedarf es einer Aufsuchung des Gerichtsgebrauchs. In dieser Beziehung ist am wenigsten geleistet. Nicht was in 4 oder 6 Compendien steht, ist der Gerichtsgebrauch, sondern das, was in den einzelnen deutschen Ländern, in welchen das gemeine Recht gilt, bei den Gerichten als zulässig erkannt, oder als nothwendig und zweckmäßig gefordert wurde, verdient als Gerichtsgebrauch benutzt zu werden; aber auch hier bedarf es der verständigen Sichtung und Prüfung; es kann nicht genügen, was von 10 oder 20 Inquirenten angewendet wird (denn darnach würden die Prügel ein sehr treffliches vom Gerichtsgebrauch empfohlenes Inquisitionsmittel seyn), sondern was von den Obergerichten vorgeschrieben oder gebilligt wird, und von jenen Collegien anerkannt ist, denen die Fortbildung des Rechts in Deutschland so viel verdankt, nämlich den Spruchcollegien. — Eine Sammlung dieser Zeugnisse des Gerichtsgebrauchs würde von hohem Werthe seyn. — Auf diese Art wird ein Zusammenwirken theoretischer Juristen und eigentlicher Praktiker am meisten beitragen, dem deutschen Prozesse eine gehörige Grundlage zu verschaffen. Man wirft von Seite der Praktiker gern den Theoretiken vor, daß sie, nicht hinreichend mit den Bedürfnissen des Lebens vertraut, zu häufig Vorschläge machten, durch welche den Inquirenten auf eine für die Entdeckung der Wahrheit und die öffentliche Sicherheit nachtheilige Weise Fesseln angelegt würden, daß sie insbesondere Formen verlangten, deren Beobachtung dem Praktiker da, wo oft Gefahr auf dem Verzuge schwebt, gar nicht möglich

Digitized by Google

wäre. Auf der andern Seite werden auch den Praktikern nicht selten Vorwürfe gemacht, daß sie gern über die Forderungen der Wissenschaft, die sie oft nicht kennen, und der Gerechtigkeit sich hinaussetzen und durch einen übertriebenen Amtseifer verleitet, rasch zugreifen, dabei Rechte verletzen, nur die Erlangung eines Geständnisses bezwecken und die Sorgfalt für den Vertheidigungsbeweis vernachlässigen. Diese beiderseitigen Vorwürfe sind häufig gegründet; leider kennen viele unserer juristischen Schriftsteller die Praxis gar nicht; nach der deutschen Universitätseinrichtung verläßt der junge Mann die Universität und wird, ohne praktizirt zu haben, Privatdocent, wo er keine Gelegenheit hat, als Inquirent oder Defensor thätig zu seyn; als Mitglied von Spruchcollegien hätte er zwar noch die Möglichkeit, Criminalakten zu studiren und Urtheile zu arbeiten; allein dies genügt nicht, um den Strafprozeß praktisch kennen zu lernen; nur die Lage, in der man selbst inquiriren muß, setzt in den Stand, die Zweckmäßigkeit und praktische Ausführbarkeit gewisser Vorschläge und Ansichten zu beurtheilen. In Bezug auf die Praktiker dagegen ist es zu beklagen, daß theils auf manchen Universitäten das Studium des Criminalprozesses vernachlässigt wird, und eine einseitige historische Richtung den Sinn für praktische Gegenstände unterdrückt, theils daß viele junge Männer, wenn sie die Universität verlassen, keine Gelegenheit haben, sich im Criminalfache auszubilden, entweder weil eben bei dem Untergerichte an dem sie praktiziren, keine bedeutenden Criminalfälle vorkommen, oder weil kein Beamter da ist, der Talent und Neigung für das Criminalfach hat, so daß er auch seinen Praktikanten nicht zum Vorbilde dienen kann. — Es kann unter solchen Umständen nur höchst vortheilhaft seyn, wenn wissenschaftlich gebildete Praktiker ihre Erfahrungen über Criminalprozeß mittheilen, die bestehenden Gesetze oder die von den Schriftstellern gemachten Vorschläge kritisiren und selbst eine Anleitung zum zweckmäßigsten Inquiriren geben, und wenn auf der andern Seite Theoretiker, die dem Leben nicht fremd geblieben sind und nicht vornehm auf die Praxis herabsehen, vielmehr sie studiren und mit praktischem Sinn überall die Ausführbarkeit ihrer Vorschläge prüfen, die Forderungen der Wissenschaft consequent durchführen. In der ersten Beziehung begrüßen wir gern die oben Nr. 5. und 6. genannten Werke als willkommene

Digitized by Google

scheinungen, die von zwei Praktikern herkommen, welche die Wissenschaft achten, mit den Fortschritten derselben nicht unbekannt sind, und die theoretischen Forderungen von dem Standpunkte der Praxis aus prüfen. Der Verf. von Nr. 5., v. Jagemann (dem Publikum durch mehrere in diesem Archive und in Oppe's Annalen abgedruckte Aufsätze vortheilhaft bekannt und seit einer Reihe von Jahren als Inquirent in Heidelberg mit einer großen Zahl von Criminaluntersuchungen beschäftigt), sucht auf eine wissenschaftliche Weise die Inquisitionskunst zu begründen. Aus seinen Citaten sieht man, daß er mit der Literatur des Criminalprozesses vertraut ist. Das Werk zerfällt in vier Bücher: I. Grundsätze der Voruntersuchung. II. Behandlung der Untersuchungsgefangenen. III. Grundsätze des Criminalverhörs. IV. Form, Ergänzung und Schluß der Akten. Im ersten Buche wird 1) von dem Beginn der Untersuchung und Aufnahme des Thatbestandes, 2) von der Fahndung auf Subject und Object der That, 3) von der Voruntersuchung am Orte der That gehandelt. Das zweite Buch ist nur der Behandlung der Gefangenen und der Einrichtung der Gefängnisse gewidmet. Das dritte Buch handelt 1) von der Würdigung der Persönlichkeit des Inculpaten, 2) von der innern Anordnung der Verhöre mit dem Inculpaten, 3) von der Behandlung und Vernehmung der Zeugen. Das vierte Buch enthält Anweisungen über die Bildung der Untersuchungsakten und über Vervollständigung und Schluß der Untersuchung. Das vorliegende Werk hat viel Verdienstliches, und zwar wegen des Versuchs, die Behandlung der Untersuchung auf Grundsätze zurückzuführen, vorzüglich da der Verfasser überall nicht blos bei absoluten Regeln stehen bleibt, sondern auf nur mögliche einzelne Fälle sich einläßt und Beispiele aus seinem Geschäftsleben angiebt. Ein ferneres Verdienst ist die Prüfung der von den Schriftstellern aufgestellten Sätze von dem praktischen Standpunkte aus, die Nachweisung der nachtheiligen Folgen einzelner Vorschläge; auch muß dem Verf. zur Ehre bemerkt werden, daß er überall vor leichtsinnigen und nur versuchsweise angestellten Untersuchungen warnt, die individuelle Freiheit zu achten gebietet, und da, wo er auch härtere Maaßregeln anzuwenden für nothwendig hält, die Gründe seiner Ansichten entwickelt und dadurch zeigt, daß er über seine Aufgabe nachgedacht und seine

Digitized by Google

Stellung als Inquirent sich klar gemacht hat, um überall die Interessen der bürgerlichen Gesellschaft mit denen der Unschuld und individuellen Freiheit zu vereinigen. Wir müssen aber auch unparteiisch die Schattenseiten des Werkes hervorheben; sie bestehen in formeller Beziehung darin, daß der Verf. zu viel Bekanntes, und nicht nothwendig zu seinem Werke Gehöriges hereingezogen, ferner zu weitläufig und über die Gebühr in die Breite ziehend in seinem Style ist, wodurch die Klarheit nicht gewinnt. In Bezug auf den Inhalt scheint das erste Buch besonders die erste Abtheilung, am wenigsten mit der nöthigen Sorgfalt gearbeitet zu seyn; denn was da über die Eröffnung der Untersuchung, über das Benehmen des Richters in zweifelhaften Fällen gesagt wird, ist zu sehr in allgemeinen Ausdrücken gehalten, vorzüglich ist über die Hauptsache, die Erhebung des Thatbestandes, zu wenig gesagt. Auch hätte man wünschen mögen, daß der Verf. überall mehr auf die Pflicht des Inquirenten im Geiste des Inquisitionsprozesses und des trefflichen Art. 47. C. C. C. für den Vertheidigungsbeweis ex officio thätig zu seyn, aufmerksam gemacht hatte. Es ist nicht schwierig zu zeigen, daß in sehr vielen Criminalunterſuchungen der Grundfehler die Vernachlässigung der Erhebung jener Momente ist, welche für den Vertheidigungsbeweis wichtig werden; schon bei der Erhebung des Thatbestandes und bei der Zeugenvernehmung bemerkt man dies. Der Inquirent setzt häufig seinen Stolz darein, das Geständniß des Inculpaten zu erhalten oder doch den Anschuldigungsbeweis herzustellen; er weiß, daß davon sein Ruf als Inquirent abhängt. Der Inculpat, im Gefängnisse von fremdem Rathe abgeschnitten und in einer die Besonnenheit vielfach trübenden Stimmung, kann für den Vertheidigungsbeweis nicht genug Anträge machen; am Schlusse erhält der Defensor lückenhafte Akten, muß dann neue Anträge stellen, durch deren Erledigung viele Zeit aufgewendet wird, während welcher der Inculpat im Gefängnisse sitzt. (Dieser Fehler der Vernachlässigung des Entschuldigungsbeweises wird übrigens in den französischen Voruntersuchungsakten noch mehr bemerkt.) Der Verf. hat zwar in §. 403. auch von der Erhebung des Entschuldigungsbeweises von Amts wegen gesprochen; allein theils ist eben dieser § etwas mager, theils hat der Verf. in seiner Anleitung zur Vornahme der einzelnen prozessualischen Handlungen den Grundsatz nicht genug

Digitized by Google

durchgeführt. — Ein Tadel endlich trifft den Verf. in Bezug auf manche Vorschläge, nach welchen er dem Inquirenten eine zu große Gewalt einräumen und nicht gern durch gesetzliche Vorschriften sein Ermessen beschränken will. Nun muß Rec. dem Verf. in einer Beziehung Recht geben, nämlich darin, daß im Strafprozesse viele absolute Regeln sehr nachtheilig werden, weil es nicht möglich ist, alle möglichen Fälle vorherzusehen, und weil dann die Regel, welche in einigen Fällen (die eben dem Gesetzgeber vorschwebten) allerdings passend ist, in sehr vielen anderen Fällen gar nicht paßt; ferner ist es auch wahr, daß manche dieser Regeln unserer Gesetzbücher und Compendien, so bestimmt sie zu seyn scheinen, doch nur unbestimmte Instructionen sind, welchen das richterliche Ermessen erst einen gehörigen Sinn unterlegen muß, und wo dennoch der Inquirent thun kann, was er will, z. B. es heißt: daß ein erheblicher Verdacht, oder ein halber Beweis und dergleichen nothwendig sey. Es giebt aber auch andere Vorschriften, die nicht entbehrt werden können, und wo es nothwendig ist, daß der Gesetzgeber bestimmt sich ausspreche, und entweder eine gewisse Handlung gar nicht gestatte oder genaue Erfordernisse vorschreibe, bei deren Daseyn allein sie zulässig ist, z. B. wegen der Brieferbrechung, wegen der Ungehorsamsstrafen. Das Werk des Hrn. v. Jagemann enthält eine sehr große Zahl sehr richtiger praktischer Bemerkungen, Warnungen, Anweisungen, Rathschläge u. A., z. B. S. 75. über Streifung, S. 114. über Beschlagnahme der Papiere, S. 147. über Auskundschaftung des Thäters, S. 172. über Confrontation, S. 199 f. über die Untersuchungsgefängnisse, S. 314. über das Studium des Charakters der Inculpaten, S. 394. über die Verhöre, S. 499. über Vernehmung der Zeugen, S. 512. über Beeidigung u. s. w. Dagegen sey es erlaubt, einige Punkte hervorzuheben, gegen welche Bedenklichkeiten nicht unterdrückt werden können. In §. 52. wird die Verhaftung wegen Collusionen (der § ist übrigens sehr mager) sehr begünstigt; es wird in Note 3. auf die Theoretiker eine Anspielung gemacht, welche den Art. 11. C. C. C. als Grund der Beschränkung dieses Arrestes anführen; allein hier hat der Verf. Unrecht; der Art. 11. ist deutlich und rechtfertigt es nicht, wenn man in jeder Untersuchung den Arrest anwendet, blos um die Collusion des Angeschuldigten mit Zeugen zu vermei-

Digitized by Google

den; in dieser Ausdehnung tritt der Arrest regelmäßig ein, wo jemand nicht gesteht und der Inquirent hofft, durch Zeugen etwas zu erfahren. Wodurch rechtfertigt sich denn die praesumtio, daß jeder Inculpat Zeugen zum Meineide verleiten werde, und daß die Zeugen so leicht geneigt sind, einen falschen Eid zu schwören? Verbrechen sollte man doch nicht präsumiren. In Bezug auf die Haussuchung scheint der Verf. S. 100, zu freigebig mit diesem sehr drückenden Mittel zu seyn; besonders wenn er §. 88. bei Personen von schlechtem Leumund die Haussuchung unbedingt Statt finden lassen will. Wir fragen schon: was denn schlechter Leumund ist. Es giebt an jedem Orte Bürger, die entweder wegen ihres niedrigen Standes kümmerlich sich nährend, oder wegen ihrer von den politischen Gesinnungen der Vornehmen abweichenden Ansichten als Personen von schlechtem Leumund nicht selten bezeichnet werden; soll hier, weil ein Vornehmer einen solchen Armen beschuldigt, daß er an dem Tage des Diebstahls in sein Haus gekommen sey, ohne Weiteres eine Haussuchung vorgenommen werden? Wir bezweifeln dies. — Nach §. 90. soll es von dem Inquirenten abhangen, ob er selbst bei einer Haussuchung gegenwärtig seyn, oder die Vornahme den Gerichtsdienern auftragen will; auch dies läugnen wir; denn die Haussuchung ist ein gerichtlicher Akt, bei dem es oft auf Augenschein ankommt, der durch ein besetztes Gericht vorzunehmen ist. Selbst die Klugheit fordert die Gegenwart des Inquirenten, weil oft Streitigkeiten zwischen dem Bewohner des durchsuchten Hauses mit dem durchsuchenden Personal entstehen, z. B. schon über den Umfang der Haussuchung, wenn oft verschlossene Behältnisse eröffnet werden sollen, wo Widersetzung leicht vorkommt, wenn nicht die Autorität des Richters vorbeugt, die an Ort und Stelle sogleich den Streit entscheidet. — In Bezug auf die Brieferbrechung, bei welcher sonst der Verf. S. 119. manche gute Warnungen ausspricht, und S. 128. für Beschränkung sich erklärt, findet man manches Bedenkliche, z. B. S. 121, daß die Maaßregel bei Nichtverhafteten, wegen der Gefahr des Colludirens mit Zeugen eintreten soll; auch ist die S. 126. vorgeschlagene Eröffnung der weggenommenen Briefe durch den Inquirenten in der Allgemeinheit nicht zu billigen; zwar kommen wieder S. 127. gute Beschränkungen vor; nur wäre es nothwendig gewesen, zu bemerken, daß da, wo der Angeschu-

Digitized by Google

dürfte nicht verpflichtet ist und der Inquirent Briefe mit Beschlag belegt hat, die Eröffnung nicht Statt finden kann, wenn nicht dringende Verdachtsgründe vorliegen, daß sie auf das in Untersuchung gezogene Verbrechen sich beziehen. Auch in Bezug auf die Besuche, welche Gefangene empfangen dürfen, macht der Verf. S. 261, der im Ganzen human solche Verhältnisse würdigt, zu viele Beschränkungen. Das Mißtrauen und die Besorgniß, daß der Angeschuldigte durch Mittheilungen dazu bewogen werden könnte, nicht zu gestehen, erzeugen die Ansicht mancher Inquirenten, die Besuche von Verwandten über die Gebühr zu beschränken. — Auf ähnliche Art könnten noch manche Ansichten des Verfs. bezweifelt oder berichtigt werden; auch möchte man oft eine größere Bestimmtheit der Ansicht wünschen; oft wünschte man auch, daß der Verf. die Inquirenten vor manchen Mitteln gewarnt hätte, auf die sie so viel Werth legen, z. B. S. 692. auf die Zeugnisse der Dreyvorgehörten und der Pfarrer über den Leumund. Rec. hat oft Gelegenheit gehabt, die Unzuverlässigkeit dieser Zeugnisse de credulitate kennen zu lernen; die Aussteller solcher Zeugnisse kennen häufig die Personen, worüber sie Auskunft geben sollen, gar nicht, oder nur von einer Seite, z. B. der Geistliche in Bezug auf die Theilnahme am Gottesdienste; entweder sammeln sie nun Aussagen einiger Gemeindevorsteher oder Gerichtsdiener, die vom Hörensagen urtheilen, und führen dann die Richter irre, oder sie geben nur nach ihrem einseitigen Wissen Zeugnisse, die dennoch über den ganzen Charakter sich verbreiten. — Gute Bemerkungen über den Gegenstand hat neuerlich auch ein Praktiker in Seuffert's Blättern für die Rechtsanwendung 1838. Nr. 11. gemacht. — Gern abstrahirt Rec. von dem Tadel und empfiehlt das in mancher Hinsicht verdienstliche Buch. — Es ist zu bedauern, daß der Verf. zu oft das System der Willkür des Inquirenten zu rechtfertigen sucht, und gern durchblicken läßt, daß wenn man seiner Meinung nicht zustimmte, dies nur die Folge unpraktischer theoretischer Ansichten wäre, und daß ohne diese Freiheit, die man dem Inquirenten einräume, nicht inquirirt werden könnte. — Auch das oben Nr. 6. genannte Buch eines preußischen Inquirenten (Hr. Teine ist Inquisitoriatsdirector und durch sein Handbuch des preußischen Criminalrechts, Leipzig 1837, dem Publikum als ein gebildeter Jurist

Digitized by Google

bekannt) verdient die Aufmerksamkeit der Criminalisten. — Das Buch ist zwar kein systematisches Werk über Criminalprozeß, auch kein vollständiger Commentar zur ganzen preußischen Criminalordnung, sondern nur zu einzelnen §§ derselben; es enthält eine Kritik mancher Bestimmungen, ferner die Anführung von Erfahrungen des Verfs. und Vorschläge. Die Bemerkungen sind meistens sehr beachtungswürdig, z. B. §. 20. der Criminalordn., der von dem Verhältniß des Civilgerichts zu den Criminalgerichten spricht, S. 14. — über §. 26—30, wo der Verf. über die Behandlung der Untersuchungsgefangenen spricht, und die Nothwendigkeit des Einsperrens zeigt (S. 26.). — S. 33. theilt er den Entwurf eines Regulativs, die Beschäftigung der Gefangenen in Untersuchungsgefängnissen mit. Interessant sind die Bemerkungen des Verfs. S. 54 u. f. über das Benehmen des Richters bei der Veranlassung einer Untersuchung, z. B. S. 56. über die Denuncianten, die nach der (wohl auch von andern Praktikern getheilten) Erfahrung des Verfs. gewöhnlich übertreiben. Wichtig sind auch S. 70. die Bemerkungen über die Eröffnung einer Criminaluntersuchung, wo der Verf. zeigt, wie wenig das Verfahren mancher Inquirenten zu billigen ist, die (oft ein bischen vorschnell) begonnene Untersuchung, selbst wo der Angeschuldigte verhaftet ist, ohne Weiteres auf sich beruhen zu lassen. — Umständliche Bemerkungen kommen S. 76. über das Verhaftungsrecht des Richters vor. Der Verf. stellt die Sätze auf: 1) da, wo gegen den Angeschuldigten wenigstens eine nahe Anzeige oder so viele entfernte Anzeigen da sind, daß sie zusammen das Gewicht einer nahen haben, so verhaftet er den Inculpaten. 2) Auch ohne dies Erforderniß verhaftet er, wenn der Verdacht auf bekannte schlechte und bereits in Untersuchung gezogene oder bestrafte Subjecte fiel, oder wenn bei der ersten Vernehmung der Angeschuldigte auch nur eine einzige Lüge vorbrachte, die als solche nachzuweisen war. 3) Verhaftung will der Verf. dagegen nicht eintreten lassen, wenn die Freiheit des Verdächtigen von diesem nicht zu Collusionen gebraucht werden konnte, und der Angeschuldigte nach seinen Verhältnissen nicht zu den Personen gehört, auf welche eine Verhaftung allein schon einen solchen Eindruck macht, daß sie entweder sofort eingestehen,

Digitized by Google

oder doch in einen Zustand gerathen, in welchem sie die vorgenommene Maske der Unschuld nicht lange behaupten können. 4) Eben so wenig verhaftete der Verf. nicht, selbst bei vorliegenden nahen Indicien, wenn die Aussicht da war, gerade aus der Freiheit des Verdächtigen Vortheil für die Untersuchung zu ziehen. Der Verf. giebt hier einen Fall an, wo diese Rücksicht trefflich sich bewährte; auch Rec., der aus einem ähnlichen Verfahren schon Vortheil zog, billigt diesen 4ten Satz; es giebt Inculpaten, die dadurch, daß man sie in Freiheit läßt, ja selbst nicht verhört, sich einbilden, daß man sie nicht für verdächtig halte, und dadurch sicher gemacht manche Unklugheit begehen, wodurch sie sich auf das Neue verdächtig machen und jetzt dem Inquirenten Stoff zum Verhören und Grund zur Verhaftung geben. Dagegen scheinen die Sätze 1. und 2. bedenklich; ohnehin ist schon viel Streit, was eine nahe Anzeige ist; allein auch wo diese da ist, z. B. wenn Jemand Gegenstände, die bei einem Raubmorde gestohlen wurden, besitzt, kann noch nicht verhaftet werden; es kommt erst darauf an, wie sich der Vernommene rechtfertigt; in der Allgemeinheit kann auch die Verhaftung eines sehr entfernt Verdächtigen, blos weil er in dem Verhör eine Lüge vorbrachte, noch nicht gebilligt werden; es kann z. B. Jemand, der eine gewisse Nacht in einem Hause zubrachte, das er nicht gern nennt, wenn er um seinen Aufenthalt in jener Nacht befragt wird, eine Unwahrheit sagen, aber deswegen ist er noch nicht des Verbrechens dringend verdächtig. Auch in der Regel 3. liegt eine große Unbestimmtheit; denn wo findet sich ein Anhaltspunkt dafür, ob von dem Angeschuldigten erwartet werden könne, daß er durch Verhaftung sogleich zum Geständniß gebracht werden kann? — — Sehr gut sind dagegen die Bemerkungen S. 92. über die Behandlung der Angeschuldigten im Verhör, wo der Verf. vorzüglich hervorhebt, daß der Inquirent immer wahr und ehrlich gegen den Inquisiten seyn muß. Auch was der Verf. S. 116. über die Ungehorsamsstrafen sagt, ist von Bedeutung; es ist ganz richtig, wenn er erklärt, daß die preußische Criminalordnung eigentlich nur eine Tortur eingeführt habe; auch fordert der Verf., daß der Inquirent auf jeden Fall wohl die Indivi-

Digitized by Google

dualität des Inculpaten berücksichtige. S. 135. wird auf eine praktische Weise von dem Verfahren gegen falsche Zeugen gesprochen und überhaupt von der Confrontation gehandelt. Da der Verf. überall Fälle anführt und mit großer Klarheit sein Verfahren entwickelt, so ist die Schrift sehr lehrreich. — Wenn Rec. bisher von den neuesten Leistungen der Praktiker gesprochen hat, so muß er noch bei den Arbeiten der oben Nr. 1—4. angeführten Schriftsteller verweilen, welche den Strafprozeß systematisch und wissenschaftlich behandeln. Es ist eine erfreuliche Erscheinung, zu bemerken, wie über gewisse Punkte in allen neuen Schriften über Criminalprozeß eine Uebereinstimmung sich zeigt; auch in Bezug auf die Art der Behandlung des Strafprozesses bemerkt man immer mehr die Uebereinstimmung der Ansichten, daß nur durch Verbindung der historischen, philosophischen und praktischen Methode etwas gewonnen werden kann. Dagegen findet man desto mehr Verschiedenheit der Ansichten der neuesten Schriftsteller über einzelne im Strafprozesse vorkommende Sätze. Ueber die Hauptfrage, welche in neuester Zeit in den Gerichtshöfen der Länder, die noch nach dem gemeinen Rechte sich richten, heftig verhandelt wird, nämlich über die Frage: ob auf Indicien verurtheilt werden dürfe, sind z. B. die Meinungen sehr getheilt. Während Abegg im Lehrbuch S. 224., Roßhirt in den zwei criminalistischen Abhandlungen S. 54. zu zeigen suchen, daß schon nach allgemeinen Gründen der Indicienbeweis eine volle Gewißheit liefern kann, erkennen Bauer in Demme's Annalen V. Nr. 1., Henke Handb. IV. S. 582., Mittermaier Lehre vom Beweise S. 435. an, daß auch Indicien zur Verurtheilung nach allgemeinen Gründen zureichen; während Bauer im Lehrbuch §. 140., aber auch im gemeinen Rechte ungeachtet des Art. 222. C. C. C. auf Indicien zu verurtheilen erlaubt, erklären sich Abegg S. 242., Müller-Lehrbuch S. 274., Zachariä Grundlinien S. 250., Henke Handb. IV. S. 592. gegen eine solche Verurtheilung. Noch größer ist die Verschiedenheit der Ansichten da, wo es auf die Erfordernisse gewisser prozessualischer Handlungen ankommt, z. B. wenn Haussuchung eintreten darf. Hier hört man bald von dem halben Beweise, von dringendem

Digitized by Google

Verdacht u. A. sprechen. Eben so ist es der Fall, wenn man darüber Aufklärung sucht, wie weit gewisse Handlungen und Mittel im Prozesse zulässig sind; entweder erklären sie sich z. B. über Briefwegnahme, über Verhaftung wegen Collusion nur sehr unbestimmt und in allgemeinen Ausdrücken, oder auf widersprechende Weise, z. B. ob wegen Lügen körperliche Züchtigung zulässig sey. Wir wenden uns nun zur Charakteristik der oben genannten Werke. Jedes derselben hat seinen eigenthümlichen Werth. Das Lehrbuch von Abegg ist zunächst darauf berechnet, daß die in demselben enthaltenen Andeutungen von dem Lehrer in den Vorlesungen näher entwickelt werden, daher es oft nur kurze Sätze enthält; allein während der Text des § gewöhnlich kurz ist, enthalten die Noten oder Zusätze ein reiches Material, vorzüglich auch in historischer Hinsicht, z. B. S. 24. über canonisches, S. 28. über germanisches Recht. Insbesondere bezweckt der Verf. in diesen Zusätzen den Gesichtspunkt anzudeuten, von welchem aus die Lehre aufgefaßt werden muß, z. B. S. 90. über Auslieferung, S. 97. über Nichtigkeit, S. 104. über den Charakter der Untersuchung, vorzüglich in der Lehre von dem Beweise, wo bei jedem Beweismittel oder Hauptcontroverse der leitende Gesichtspunkt kurz angegeben ist, z. B. S. 157. über Sachverständige, S. 171. über beschränktes Geständniß, S. 215. von den Zeugen, S. 217. über Widerspruch derselben, S. 243. über die Wirkung der Indicien. Einen besondern Werth legt der Verf. darauf, die Begriffe, die im Strafprozesse entscheiden, in den Zusätzen zu entwickeln, und hier enthalten seine Zusätze sehr schätzbare Erörterungen: S. 135. über Gewißheit, S. 139. über Beweis, S. 225. über Anzeigen. — Auch das oben Nr. 2. genannte Werk von Zachariä ist nur zum Gebrauche bei Vorlesungen bestimmt; allein es ist kein gewöhnlicher Grundriß; denn der Verf. giebt bei jedem § sehr vollständig die auf den darin behandelten Gegenstand bezügliche Literatur und mit großer Gewissenhaftigkeit und Zuverlässigkeit die hieher gehörigen römischen, canonischen und deutschrechtlichen Stellen an (häufig selbst mit wörtlicher Anführung des Textes, was für den Gebrauch zum Selbststudium bequem ist); sehr gut ist S. 60—66. alles, was

Digitized by Google

in den Gesetzen in Bezug auf die Ausbildung des Inquisitionsprozesses vorkommt, angegeben; S. 127. giebt er auch, was für die Auslegung der römischen Stellen wichtig ist, aus den Klassikern die Stellen an, die zur Begriffsbestimmung der Indicien gehören; ferner S. 149. über die Specialuntersuchung. Besonders sind in der Lehre von dem Beweise viele Fragen mit großer Sorgfalt erörtert, und hier enthält das Werk weit mehr als ein Grundriß liefert; denn für jede einzelne Streitfrage sind Gesetzesstellen und Literatur, häufig aber auch die eigene Meinung des Verfs. angegeben; oft ist der Zusatz sehr ausführlich und enthält eine umständliche Entwickelung der Streitfrage, z. B. S. 188. über außerordentliche Strafe, S. 202. über Geständniß, S. 210. über Widerruf desselben, S. 224. über Glaubwürdigkeit der Zeugen, S. 237. über Reinigungseid, S. 245—254. über Zulässigkeit der Verurtheilung auf Indicien, S. 257—260. (besonders gut) über die absolutio ab instantia. Es ist hier eine Sammlung kleiner Abhandlungen über wichtige Fragen, bei deren Lösung der Verf. eben so seine wissenschaftliche gründliche Richtung als einen praktischen Takt beweist. — Die in Nr. 3. und 4. oben genannten Werke von Müller und Henke sind ausführliche, wissenschaftliche, sehr verdienstliche Arbeiten über den Strafprozeß; das von Müller ist ein Lehrbuch zunächst für den Gebrauch bei Vorlesungen bestimmt, daher die einzelnen Sätze nur kurz in der bekannten Compendienform angegeben sind, wogegen das Werk von Henke ein Handbuch ist, welches nicht blos die Meinungen des Verfs., sondern auch die Gründe derselben umständlich angiebt, die leitenden Grundsätze rechtfertigt und vollständig begründet und bei den Controversen die Gründe für und wider eine Meinung angiebt; es ist ein vorzüglich auch für den Gebrauch des Praktikers bestimmtes Werk; allein auch Müller's Werk ist dem Praktiker zu empfehlen, da der Verf. vorzüglich in den Noten überall hinreichende Belehrung durch die Angabe der Literatur durch die wenigstens kurze Aufstellung der Hauptgründe für die Meinung des Verfs., oft mit einer Kritik der entgegenstehenden Ansichten findet. Dem Verf. gebührt das Lob, daß er mit großer Klarheit die einzelnen Lehren entwickelt

Digitized by Google

hat, und in der Entscheidung der Streitfragen meist mit einem feinen Sinn das Rechte gewählt und gewöhnlich seine Meinung mit den richtigeren Gründen gerechtfertigt hat. Die Darstellung hält die Mitte zwischen einem zu kurzen ängstlich zusammendrängenden Vortrage, bei welchem die Worte oft so geschraubt angegeben werden, daß das Errathen des rechten Sinnes des Verfs. schwierig ist, und zwischen einer breiten der Darstellung in Advokatenschriften ähnlichen Entwickelung. Zu den vorzüglichsten Theilen des Buches gehört die Lehre von den Gerichtsständen (§. 53 — 68.), die Lehre von dem Beweise (§. 96 — 130.); weniger befriedigend ist die Lehre von der Aufnahme des Thatbestandes, vorzüglich bei den einzelnen Verbrechen, ferner die Anweisung zur Vornahme einzelner Prozeßhandlungen, bei welchen man nicht genug die von der Praxis empfohlenen Vorsichtsmaaßregeln und die nothwendigen Erfordernisse erfährt. Die neuen deutschen Gesetzgebungen sind in den Noten gewöhnlich angeführt; nur auf die französische ist zwar mit einigen Citaten, aber sonst nur wenig Rücksicht genommen; wünschenswerth wäre es gewesen, wenn der Verf. mehr die historische Entwickelung der einzelnen Lehren geliefert hätte. — Das Werk von Henke ist mehr philosophisch gearbeitet, obwohl auch überall die Meinungen vieler praktischen Schriftsteller angeführt sind; nur ist es leicht nachzuweisen, daß der Verf. die wirklich praktische Ausbildung des Strafprozesses wenig berücksichtigte; die deutschen Gesetzgebungen sind angeführt; auch die Ansichten des französischen und englischen Rechts werden angegeben; allein nur kurz, und in Bezug auf das letzte schöpft der Verf. aus Blackstone's Werk, das eben im Strafprozesse (die Praxis des englischen Rechts in ihrer Fortbildung ist darin nicht benutzt) am wenigsten zuverlässig leitet; auch scheint es, daß der Verf. den französischen Prozeß nicht aus eigener Anschauung und längerer Beobachtung kennt; der Verf. scheint kein Freund der Institutionen des französischen Rechts zu seyn; selbst gegen die Oeffentlichkeit erklärt er sich (S. 121.) und hält nicht einmal die Mündlichkeit der Hausuntersuchung (S. 139.) für die beste Form. Wer genauer aus dem Leben und nicht blos aus den Büchern den Strafprozeß, wie er in

Digitized by Google

Deutschland besteht, und das französische Verfahren kennt, wird mit dem Verf. nicht einverstanden seyn können. Uebrigens verweilt man gern bei den Ausführungen des Verfs., die (freilich oft etwas zu weitläufig und oft nicht ohne einen gewissen bittern Ton gegen die Gegner) überall Beweise des bekannten Scharfsinns des Verfassers und der Kunst seiner Zergliederung enthalten. Die neuere Literatur ist sorgfältig benutzt. In Bezug auf Streitfragen dient das Werk als eine willkommene Sammlung der verschiedenen Ansichten, die aber nicht als bloße Compilation erscheint, da der Verf. überall selbstständig prüft und seine eigene Meinung begründet. — Fragt man, ob die genannten Lehrbücher geeignet sind, eine klare Darstellung des wirklichen Strafprozesses zu geben und den jungen Mann in den Stand zu setzen, selbst einen solchen Prozeß zu führen, so möchte Rec. dies bezweifeln; es hängt dies mit der gewählten Darstellungsweise zusammen; Abegg, nachdem er von den einzelnen Theilen des Strafprozesses und den Prozeßhandlungen gesprochen hat, handelt erst von §. 149. an von den eigenthümlichen Grundsätzen des Untersuchungsverfahrens; so thut es auch Müller, der erst von §. 171. an von dem Untersuchungsverfahren handelt; eben so Henke, der erst §. 128. S. 801. am Ende des Buches von den eigenthümlichen Grundsätzen des Untersuchungsverfahrens handelt. Hier wird nun nach dieser Darstellung in einer kurzen Skizze der Gang des Verfahrens angegeben; die stufenweise Entwickelung aber des Strafverfahrens, das Ineinandergreifen der einzelnen prozessualischen Handlungen erfährt man nicht, und doch ist dies nothwendig. Wir fragen jeden angehenden Praktiker, der einen Prozeß führen soll, ob er aus diesen Lehrbüchern eine klare Vorstellung bekommt, was er nach der ersten Veranlassung des Prozesses zu thun hat, wie er sich z. B. bei Untersuchung wegen Vergiftung benehmen soll, in welchem Verhältnisse die Vertheidigung zu dem ganzen übrigen Verfahren steht. Man muß doch gestehen, daß bei uns im deutschen Prozesse nur die Inquisitionsform vorkommt; (der Anklageprozeß ist eine wahre Seltenheit;) warum will man nicht bei der Darstellung des Prozesses auch die Inquisitionsform sogleich zum Grunde legen und die allmählige Ent-

Digitized by Google

wickelung der einzelnen Handlungen nach dieser Form, nach der Zweckmäßigkeit und den Forderungen des Gerichtsgebrauchs angeben? — Eine wichtige Klasse von neuen Werken über Strafprozeß bilden noch diejenigen, welche Commentare und praktische Anweisungen nach einzelnen Strafprozeßordnungen liefern, z. B. nach dem neuen holländischen Gesetzbuche. Wir werden in einem der nächsten Hefte eine nähere Anzeige dieser Werke nachtragen.

Halle,
gedruckt in der Gebauerschen Buchdruckerei.

Digitized by Google

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

J. M. F. Birnbaum
in Utrecht,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

A. W. Heffter
in Berlin,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1839.

Drittes Stück.

Halle

bei C. A. Schwetschke und Sohn.

1839.

Digitized by Google

Digitized by Google

Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1839. Drittes Stück.

XVI.

Ueber den neuesten Zustand der Strafgesetzgebung

mit besonderer Rücksicht
auf das neue Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Weimar,
sowie
die Entwürfe von Strafgesetzbüchern für England, für Indien, für Nordamerika, für das Großherzogthum Baden, für das Großherzogthum Hessen, für den Kanton Bern und Kanton Thurgau.

Von
Mittermaier.

Unsere Strafgesetzbücher können nach einem doppelten Gesichtspunkte beurtheilt werden: 1) in sofern sie Bestimmungen über das, was unter Strafe geboten und verboten seyn soll, und über die den einzelnen Vergehen gedrohten Strafen enthalten; 2) in sofern darin Grundsätze und Regeln aufgestellt werden, welche den Richter bei Anwen-

Digitized by Google

dung der Strafgesetze leiten sollen. In der letzten Beziehung ist die Codificationsfrage bedeutend. Auch die Gegner der Codification sind nicht Feinde der Strafgesetzbücher im ersten Sinne; sie erkennen, daß auf jeden Fall eine Instruction über die Strafausmessung der einzelnen Verbrechen — wie ein neuerer Schriftsteller sagt, schon wegen des äußern Anstandes in der Gleichartigkeit der Strafjustiz — nothwendig sey. Weniger dagegen scheinen die Gegner der Codification damit einverstanden, daß man dem Grundsatze nulla poena sine lege im Gesetzbuche huldige, und noch neuerlich ist in einem merkwürdigen Aufsatze [1]) darauf hingewiesen worden, daß man da, wo dieser Satz nicht gilt, Manches einem allgemeinen Begriffe oder Ausdrucke und darauf dem arbitrio judicis überlassen könne, und daß der Richter, welcher dann durch den Buchstaben des Gesetzes nicht gedeckt ist, behutsamer seyn werde, weil er sich durch die viva vox populi decken muß, während da, wo das Gesetzbuch auf den Satz nulla poena sine lege gebaut ist, der Richter oder Ankläger die Chikane des allgemeinen Ausdrucks im Gesetze mit großem Glücke anwenden könne. Dieser Ansicht dürfte man aber schwerlich zustimmen; denn was die angebliche Garantie des Rechts durch die Behutsamkeit des die viva vox populi beachtenden Richters betrifft, so darf man nur die in den deutschen Staaten geltenden Verhältnisse, welche der Entwickelung eines öffentlichen sicher leitenden Rechtslebens nicht günstig sind, und den Widerstreit der Ansichten über das was strafwürdig seyn soll, mit den gerichtlichen Urtheilen vergleichen, die nicht selten Handlungen mit Strafe belegen, an deren Strafbarkeit der natürliche Verstand schwerlich denkt; man darf sich nur die Gefahren recht vergegenwärtigen, welche in Bezug auf

1) Rossbirt in den Heidelberger Jahrbüchern 1839. S. 534.

Digitized by Google

Untersuchungen wegen Staatsverbrechen bei dem Mangel einer vollständigen Gesetzgebung entstehen, um die Wohlthaten einer Gesetzgebung zu erkennen, welche davon ausgeht, daß keine Handlung bestraft werden kann, die nicht vorher von einem Strafgesetze mit Strafe bedroht ist. Allerdings ist die Abfassung eines Strafgesetzbuchs schwierig, nicht blos um die jedem Verbrechen gerechter Weise zu drohende Strafe zu finden, sondern vorzüglich um zu erkennen, was mit Strafe bedroht werden soll, wie die Bezeichnung des Verbrechens klar so geschehen muß, daß jedes Verbrechen von den nicht verwandten strafbaren Handlungen und von andern Verbrechen leicht unterschieden werden kann, und um den Richter gehörig bei der Anwendung der Strafgesetze zu leiten. Darin besteht die Aufgabe der Gesetzgebungskunst, für welche noch nicht so viel geleistet ist, als man sich oft einbildet. Jeder Versuch, der in dieser Beziehung gemacht wird, ist beachtungswürdig. Es ist dankenswerth, wenn solche Versuche strenge eben in Ansehung der Codification geprüft werden. Jede verständige Kritik dieser Art ist belehrend. Deswegen aber, weil die Arbeit schwierig ist und noch nichts Vollendetes geleistet wurde, die Codification überhaupt angreifen, kann schwerlich gebilligt werden. Man tadelt vorzüglich [2]) die Begriffsconstruction und meint, daß Begriffe nicht in ein Gesetzbuch gehören. Es würde besser seyn, wie man sagt, einen Standpunkt zu wählen, wo man die schöne Grundlage der gemeinrechtlichen Jurisprudenz in solchen Dingen das wahre common law einer Nation im Gegensatz des Statuts nicht unanwendbar machte. Wir können uns von der gerühmten Schönheit der Jurisprudenz nicht überzeugen. Während im Lande A mit Beziehung auf gemeines Recht wegen Nichtanzeigen eines ge-

2) Rosshirt a. a. O. S. 335.

Digitized by Google

fundenen Schatzes Jemand straffrei erklärt wurde, weil kein Strafgesetz existire, erklärte im Lande B ein Gericht gegen den des nämlichen Verbrechens Angeschuldigten ½ Jahr Gefängniß wegen Unterschlagung, und im Lande C die Strafe des Diebstahls. Beruft man sich auf das sogenannte common law, so überzeuge man sich doch, wie unzufrieden die Engländer und Nordamerikaner mit ihrem Rechtszustande sind, und sich daher bemühen, durch Codification ihn zu verbessern. Die Bürger müssen doch wissen, welche Handlung in dem Lande als Diebstahl oder als Betrug bestraft werden soll, und die Richter sollen wissen, in welchen Fällen sie wegen dieser Verbrechen zu strafen berechtigt sind. Sobald aber dies für nothwendig befunden wird, muß auch eine bestimmte, die Natur des Verbrechens klar bezeichnende Strafdrohung im Gesetzbuche aufgestellt werden. In dieser Beziehung sey es erlaubt, die Aufmerksamkeit Aller, die für Gesetzgebungskunst sich interessiren, auf drei Erscheinungen zu lenken, welche den nämlichen Zweck haben, das common law in Bezug auf Criminalrecht in ein vollständiges Gesetzbuch zu bringen. Vor uns liegen 1) der für die englischen Colonieen in Indien bearbeitete Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1838.[3]) 2) der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für England von 1839, 3) die Probe eines für Massachusetts in Nordamerika gelieferten Entwurfs eines Strafgesetzbuchs. Das erste ist eine der wichtigsten legislativen Arbeiten. Die Ungewißheit und Härte des in den Colonieen geltenden Strafrechts veranlaßte die Ernennung einer Commission zur Bearbeitung des Gesetzbuchs. Die Commission erklärt sich in einer geistreichen Vorrede über die Aufgabe des Gesetzgebers, gesteht, daß der bekannte Entwurf von Livings

3) Gedruckt in London 1838. Die Commissäre waren Macaulay, Macleod, Anderson und Millett.

sten vielfach ihr gute Dienste geleistet habe. Vorzüglich spricht sich die Commission über die Nothwendigkeit aus, genaue Definitionen der Verbrechen aufzustellen, bezeichnet aber auch die Schwierigkeiten einer solchen Arbeit. Sie bemerkt, daß sie ein Hauptmittel, das Gesetz verständlicher zu machen und eine zweckmäßige Anwendung desselben zu sichern, darin gefunden habe, jeder Vorschrift sogenannte illustrations beizufügen, nämlich Beispiele von Fällen, welche unter die Vorschrift subsumirt werden sollen, und andere, die bei dem ersten Anblick auch darunter zu gehören scheinen, aber nach dem Willen des Gesetzgebers nicht dahin gerechnet werden sollen. Die ganze Arbeit, die einen vollständigen systematischen Code enthält, ist ein Werk, das von großem praktischen Geist und Scharfsinn der Commissäre zeugt, und die beigefügten Motive werden von jedem Juristen mit höchstem Interesse gelesen werden. Wir wollen unsern Lesern einige Proben des Code mittheilen. In Kapitel III. Allgemeine Vorschriften, kommen vor art. 62: Eine Handlung, welche von einer Person verübt wird, die durch das Gesetz dazu beauftragt war oder im guten Glauben sich für beauftragt hält, ist nie Verbrechen. Hiezu kommen als illustrations vor: A ein Soldat schießt in Auftrag seines Offiziers auf eine aufrührerische Menge. Hier begeht er kein Verbrechen. Oder A, ein bei dem Gerichtshof angestellter Diener, soll den Y verhaften, er hält im guten Glauben den Z für den Y und verhaftet ihn. Auch hier verübt er kein Verbrechen. Ueber Trunkenheit sagt art. 68: Straflos ist die von einer Person im Zustande der Berauschung verübte Handlung, vorausgesetzt, daß ihr das berauschende Getränk ohne ihr Wissen oder ihren Willen beigebracht war, oder daß sie die berauschende Eigenschaft des Getränkes nicht kannte. Nach art. 69. wird kein Verbrechen angenommen, wenn Jemand, der keine Absicht he

Digitized by Google

einen Andern zu tödten, auch nicht wußte, daß durch ſeine Handlung der Tod entſtehen könne, etwas vornimmt, woraus Schaden für eine Perſon entſteht, eben ſo wenig wenn zwar der Thäter wußte oder wollte, daß der Schade entſtehe, aber dies in Folge der Einwilligung einer freien und verſtändigen Perſon über zwölf Jahren vornimmt, welche den Schaden zu leiden oder die Gefahr der Handlung auf ſich nehmen zu wollen erklärte, vorausgeſetzt, daß die Einwilligung nicht durch böſliche falſche Vorſpiegelungen von Seite des Thäters bewirkt wurde. Zu dieſem Artikel ſind 4 Beiſpiele angegeben, z. B. A ein Zahnarzt bietet dem Z, einer verſtändigen Perſon von reifem Alter, Geld für ihre Zähne, und erhält ohne alle Vorſpiegelungen die Einwilligung des Z, ihr die Zähne auszuziehen. Hier liegt, wenn auch Z Schmerz leidet, kein Verbrechen vor. Die Lehre von der Nothwehr iſt in 10 Artikeln — wieder mit vielen illustrations — ſehr intereſſant erörtert. Wir wollen noch einige Proben aus dem Kapitel XVIII. über die Tödtung mittheilen. Art. 294: Wer durch eine Handlung oder die Unterlaſſung einer geſetzlichen Verpflichtung mit der Abſicht zu tödten oder mit dem Bewußtſeyn des tödtlichen Erfolgs ſeines Benehmens den Tod einer Perſon verurſacht, iſt der freiwilligen ſchuldhaften Tödtung ſchuldig. Hiezu gehören 8 illustrations, z. B. A legt Raſen und Holz über eine Grube, um ſie ſorgfältig zu bedecken, mit der Abſicht, dadurch den Tod einer Perſon herbeizuführen, oder mit Bewußtſeyn, daß der Tod leicht erfolgen könne; Z tritt auf die Stelle, indem er glaubt, daß dies Erdreich feſt ſey, fällt in die Grube und ſtirbt. Hier iſt A der Tödtung ſchuldig. Oder A läßt dem Z die Wahl, ob dieſer ſich ſelbſt tödten oder langſame Martern, die A ihm zufügt, leiden will; Z tödtet ſich ſelbſt; A iſt der Strafe ſchuldig. Art. 295. ſagt: Die freiwillige Tödtung iſt Mord, inſofern ſie nicht in eine der drei Kategorieen gehört,

Digitized by Google

nämlich Todtschlag, oder freiwillige Tödtung mit Einwilligung des Andern, oder Tödtung in Nothwehr. Nach art. 297. heißt Mord die freiwillige auf den Grund einer plötzlichen und schweren Provocation verübte Tödtung der Person, von welcher die Anreizung ausging. Nun folgt unter der Rubrik *Explanation* der Satz: Als schwer gilt die Provocation, wenn sie der Art war, daß sie auch eine Person von gewöhnlichem ruhigen Temperament in heftigen Affect versetzen konnte und wenn sie zugleich nicht durch eine Handlung verübt wurde, die in Gemäßheit des Gesetzes bei einer Civil- oder Criminalprocedur oder durch einen öffentlichen Diener oder durch eine Person in der Ausübung erlaubter Selbstvertheidigung vorgenommen war. Hierauf kommen 5 Beispiele als illustrations, z. B. A unter dem Einflusse einer von Z veranlaßten Provocation tödtet absichtlich das Kind des Z. Hier ist Mord, aber nicht Todtschlag. Oder A erscheint als Zeuge vor dem Richter des Z; Z erklärt, daß er kein Wort der Aussage des A für wahr halte und daß A meineidig sey; dadurch erbittert, tödtet A den Z. Dies ist Mord. Oder A schlägt den B, der dadurch in Wuth kommt; Z, der dabei steht und von der Wuth des B Vortheil ziehen will, giebt dem B plötzlich ein Messer in die Hand, um damit den A zu tödten. B kann hier Todtschläger seyn, Z ist Mörder. — In Bezug auf den Betrug (cheat) enthält art. 392. den Satz: Wer durch absichtliche Täuschung einer Person sie betrüglich dazu verleitet, ihm irgend eine Sache auszuliefern oder dazu einzuwilligen, daß der Täuschende eine Sache behalte, oder ein Siegel einem Gegenstande aufzudrücken, oder eine Urkunde, die eine werthvolle Sicherheit enthalten soll, zu machen oder zu vernichten oder zu verändern, ist des Betrugs schuldig. Hier folgen 11 Beispiele als illustrations. In Kap. XXV. ist im art. 469. zuerst der Begriff der Ehrenkränkung aufgestellt; hier

folgen Explanations zur Erläuterung der einzelnen Merkmale, dann weitere Beispiele und endlich in 9 Sätzen Exceptions angegeben, um zu zeigen, in welchen Fällen keine Ehrenkränkung begründet ist.

Eine zweite nicht minder wichtige legislative Erscheinung ist der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für England 4). Es ist der Versuch einer Codification in Bezug auf das Verbrechen der Tödtung, Verletzungen von Personen, Diebstahl, Raub, Erpressung, Betrug, Unterschlagung und Beschädigungen fremden Eigenthums. Bekanntlich hat England in neuerer Zeit viele für das Criminalrecht wichtige im milden Wege geschriebene Statute erhalten, allein diese beschränken sich nur auf kurze Angabe des Verbrechens und auf die Strafbestimmung. Der Begriff des Verbrechens, die Abstufungen, die Regeln der Anwendung des Strafgesetzes werden durch das ungeschriebene common law bestimmt. Die Ungewißheit dieses Rechts veranlaßte die Ernennung einer Commission, deren 4ter Bericht 5) die Vorlage eines eigentlichen auch das common law enthaltenden Gesetzbuchs gewährt. Auch in diesem Entwurfe ist das Hauptstreben auf Klarheit und Vollständigkeit der Begriffe der einzelnen Verbrechen gerichtet. Die Commission giebt nach sorgfältiger Sichtung der verschiedenen von den englischen Autoren aufgestellten Definitionen den ihr richtig scheinenden Begriff an; z. B. in art. 1. wird das Verbrechen der Tödtung angenommen, wenn der Tod Folge einer körperlichen Mißhandlung ist, die durch eine Handlung oder gesetzwidrige Unterlassung bewirkt wurde. In art. 58. ist Erpressung durch Drohung so bezeichnet:

4) Fourth Report of her majesty's Commissioners on criminal law. London 1839.

5) Eine genauere Darstellung dieses Entwurfs mit mehreren Auszügen habe ich geliefert in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung Bd. II. Nr. 25.

Digitized by Google

Wer einen Andern eines unnatürlichen Verbrechens anklagt oder mit einer solchen Anklage ihn bedroht, mit der Absicht, von dieser Person einen Vermögensvortheil zu erhalten oder zu erpressen, wird, wenn es durch Einschüchterung der Person mit der erwähnten Anklage den Vortheil erpreßt, bestraft. — Diebstahl ist in art. 1. so bezeichnet: Wer ohne Einwilligung widerrechtlich eine, einem Andern eigenthümlich gehörige Sache von einigem Werth ergreift und wegnimmt, mit der Absicht, dem Eigenthümer sie zu entziehen und derselben sich anzueignen. — Bei jedem Verbrechen zergliedert nun der englische Entwurf die in dem Begriffe aufgenommenen einzelnen Merkmale. Wir wollen wieder einige Proben mittheilen, z. B. bei der Tödtung in Bezug auf die Provocation. In art. 44. heißt es: Wenn zwischen der Provocation und der tödtlichen Handlung eine Zwischenzeit abgelaufen ist, so ist es eine Thatfrage, ob der durch die Provocation verursachte Affect aufgehört oder fortgedauert hat, und im letzten Falle, ob die tödtliche Handlung dem Affect oder dadurch herbeigeführten Mangel der Besonnenheit oder der Ueberlegung und Absicht zu tödten oder körperlich zu beschädigen zuzuschreiben ist. Art. 45: Die Entschuldigung wegen Provocation kommt auch demjenigen zu Statten, welcher aus Zufall nicht die Person, die ihn reizte, sondern einen Andern tödtet. Art. 46: Dagegen wird sie da nicht beachtet, wenn der Thäter die Provocation als einen Vorwand, um zu tödten oder körperlich zu beschädigen, herbeiführte, oder sich bemühte, den Andern zu tödten oder zu beschädigen, ehe die Provocation entstand. — Ueber unfreiwillige und zufällige Tödtung erklärt sich der art. 67: Unfreiwillige nicht durch bloßes Mißgeschick herbeigeführte Tödtung begreift alle Fälle, in welchen ohne Absicht zu tödten oder zu beschädigen oder das Leben in Gefahr zu setzen der Tod einer Person durch eine Handlung oder gesetzwi-

Digitized by Google

dige Unterlassung erfolge; die mit der Absicht einen Andern zu verletzen geschieht, gleichviel ob der Unfall die Person, gegen welche die Absicht gerichtet war, oder die andere Person trifft (z. B. in einer Rauferei), oder wo der Tod aus einem absichtlich einem Andern zugefügten Unrecht folgt (z. B. bei Ueberschreitung des Züchtigungsrechts), oder die Folge einer gesetzwidrigen, mit Gefahr der Verletzung einer Person verübten Handlung oder Unterlassung ist, oder aus Mangel der gehörigen Vorsicht sich ergiebt, einen Unfall abzuwenden, insofern der Thäter zu dieser Vorsicht verpflichtet war. Art. 63: Das Gesetz fordert nicht die höchste mögliche Vorsicht, sondern nur einen solchen Grad, welcher der Natur der in Frage stehenden Handlung und der Wahrscheinlichkeit der im einzelnen Falle eintretenden Gefahr entspricht. Art. 64: Die Tödtung wird als durch Zufall entstanden angesehen, wenn Jemand, der ohne Absicht einen Andern zu tödten oder körperlich zu verletzen und mit Anwendung von Vorsicht handelt, um die Gefahr abzuwenden, das Unglück hat, den Andern zu tödten, vorausgesetzt, daß die Handlung gesetzmäßig und nicht mit Gefahr einen Andern zu beschädigen vorgenommen war.

Der dritte legislative Versuch ist der in Nordamerika gemachte. Schon früher hat der Unterzeichnete an einem andern Orte [6]) einen Auszug aus dem trefflichen Berichte der Commission in Massachussets geliefert, welche die Zweckmäßigkeit einer vollständigen systematischen Gesetzgebung zu prüfen hatte. Es wurde nun eine Commission zur Bearbeitung des Entwurfs eines Criminalgesetzbuchs ernannt, und das Ergebniß ihrer Berathung ist vor einigen Monaten

6) In der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung Bd. X. S. 484.

Digitized by Google

den Kammern vorgelegt worden 7). Die Commission hat in ihrem höchst interessanten geistreichen Berichte die Nothwendigkeit nachgewiesen, auch das common law in das Gesetz aufzunehmen, theils um Bestimmungen, die unabhängig von allen Statuten gelten, theils um Definitionen der einzelnen Verbrechen, Erläuterungen und grammatische Erklärungen aufzustellen. Der Bericht schildert die Ungewißheit des Rechts, welche jetzt durch die chaotische zerstreute Masse der Regeln des common law entsteht. Der Bürger soll bestimmt wissen, was er zu vermeiden hat, der Richter muß erfahren, was er strafen darf. Die Commission beschloß, versuchsweise einen Titel des Entwurfs vorzulegen, damit darüber die gesetzgebende Versammlung sich aussprechen könne. Man hielt es für nothwendig, in dem Code zwei Theile zu trennen, nämlich die gebietenden, verbietenden und Strafe androhenden Vorschriften und die Ausführungen, die Folgesätze und Erläuterungen. Was in der letzten Beziehung bisher das common law leistete, soll nun durch den Code bewirkt werden, jedoch so, daß das Gesetzbuch nicht in eine Masse von rein wissenschaftlichen Regeln oder in eine Sammlung von Meinungen der Schriftsteller sich verwandle. Demnach legt die Commission den Entwurf des Kapitels über Mord vor. Wir wollen unsern Lesern eine Probe mittheilen. Mord. Art. 1: Wer gesetzwidrig ein menschliches Wesen mit vorbedachtem Entschluß tödtet, ist des Mordes schuldig. Art. 2: Wer Mord mit bestimmtem überlegten Vorsatz zu tödten oder bei Ausführung oder Unternehmung eines andern mit Tod bedrohten Verbrechens verübt, ist des Mordes im ersten Grade schuldig und leidet Todes-

7) Preliminary report of the commissioners on criminal law. Boston 4. Februar 1839. Die Mitglieder der Commission sind Phillips, Rogers, Cushing, Walcott, Alvord.

Digitized by Google

strafe. Art. 81: Wer Mord auf eine andere Art als die im vorigen §. bestimmte Weise begehe, wird als Mörder zweien Grades mit zeitlicher oder lebenslänglicher Einsperrung bestraft. — Erklärung. Damit das Verbrechen des Mordes begründet sey, muß 1) eine Tödtung, 2) die eines menschlichen Wesens vorhanden, 3) gesetzwidrig, und 4) mit Vorsatz verübt seyn. Alle diese Merkmale müssen vereinigt vorhanden seyn. Ist z. B. nur das erste und zweite Merkmal ohne die andern da, so ist es gerechtfertigte oder entschuldbare Tödtung; ist das erste, zweite und dritte Merkmal ohne das vierte vorhanden, so ist es Todtschlag. Art. 1: Tödtung ist die Bewirkung des Aufhörens des menschlichen Lebens durch Mittel, welche körperlichen Nachtheil herbeiführen. Die Tödtung kann geschehen durch unmittelbare Gewalt, nämlich durch Schlagen, Stechen, Schießen, Ertränken, Erdrosseln, oder durch die unmittelbare Folge einer verübten Handlung, nämlich Beibringen des Gifts, Verhungernlassen, Verderbung der Luft, Mittheilung ansteckender Krankheiten, Legen von Schlingen, Loslassen eines gefährlichen Thiers, oder sonst eine Handlung, durch welche der Tod bewirkt werden kann. Darnach ist es Tödtung, wenn Jemand, sey es auch durch Drohungen oder durch Befehl von Seite eines zum Befehlen Befugten, einen Andern zwingt, eine Handlung vorzunehmen, die nach aller Wahrscheinlichkeit den Tod erzeugt. Eben so wenn ein Vater, Vormund, Lehrmeister, oder eine Person, die über ein Kind oder Jungen von zartem Alter, oder über einen Kranken, Wahnsinnigen Aufsicht hat, eine solche Person einer offenbaren Lebensgefahr aussetzt, oder einer schweren Nachlässigkeit oder Grausamkeit gegen sie sich schuldig macht und daraus der Tod entsteht; z. B. wenn ein Vater ein hülfloses Kind in einen Schweinstall werft, wo es gefressen wird, oder in einer entfernten Gegend aussetzt, wo wilde Thiere es verzehren, oder wenn

Digitized by Google

der Vater oder Meister dem zarten oder kranken Kinde alle Nahrung verweigert. Es ist dagegen keine Tödtung, wenn Jemand falsches Zeugniß gegen einen Andern wegen eines todeswürdigen Verbrechens giebt und der Andere hingerichtet wird, oder wenn Jemand durch Worte oder Zeichen auf das Gemüth einer Person wirkt und dadurch ihren Tod verursacht. Werden aber Worte oder Zeichen gebraucht, um eine Handlung, die den Tod verursacht, herbeizuführen, so ist es Tödtung, z. B. wenn Jemand einen Blinden gegen einen Abgrund zu gehen verleitet und er hinabstürzt. Jedem dieser Sätze sind Noten beigefügt, die sich auf vorgekommene gerichtliche Entscheidungen beziehen oder Motive des Gesetzes enthalten. In diesen Noten sowie in der Einleitung über das Verbrechen der Tödtung finden sich die geistreichsten legislativen Entwicklungen, z. B. über die Frage: ob deswegen, weil bei Ausführung eines andern Verbrechens Jemand den Tod eines Andern herbeiführt, seine Handlung todeswürdig werde. —

Unsere Leser werden sich überzeugen, daß die drei angeführten Entwürfe den Versuch beabsichtigen, die einfache Strafbestimmung zum Behufe richtiger Anwendung durch beigefügte Erläuterung zu verdeutlichen, entweder durch fingirte Beispiele wie der Code für Indien, oder durch legislative Erklärung des Sinnes der einzelnen Merkmale eines Verbrechens z. B. im englischen Entwurfe, oder durch Verbindung beider Methoden und vorzüglich mit Anführung der vorgekommenen Entscheidungen über einzelne Fälle (nach dem nordamerikanischen Entwurfe). Wir glauben, daß nur die zweite Methode (mit gehöriger Beschränkung) eine Empfehlung verdient; die erste und dritte dagegen zu einer großen Weitläufigkeit führt und ihren Zweck nicht erreicht, weil einzelne Beispiele

Digitized by Google

in einem Gesetzbuche den Richter leicht irre leiten können.[9])

Wenden wir uns zu den Fortschritten der Gesetzgebungskunst in Deutschland, so sind es die zwei Strafgesetzbücher für Sachsen und Würtemberg, welche die allgemeine Aufmerksamkeit verdienen. Bis jetzt hat sich das erste Gesetzbuch noch keiner wissenschaftlichen umfassenden Erörterung zu erfreuen gehabt. Viele treffliche Bemerkungen enthalten aber die Schriften von Krug[10]), Günther[11]), Vogel[12]), von einem ungenannten Praktiker[13]) und von Groß[14]). Die Arbeit des letzten ist doppelt wichtig, da der Verfasser den vorzüglichsten Antheil an der Bearbeitung des Entwurfs, sowie an den Berathungen der Kammer genommen hat und nachträglich bereits Nachrichten über die Art liefert, wie in der Anwendung[15]) das Gesetzbuch sich gestaltete. Einen Reichthum vieler praktischen Bemerkungen über das sächsische Gesetzbuch liefert noch die Schrift von Schüler[16]).

---

9) Die nähere Begründung unserer Ansicht liefern wir in einem Aufsatze, der in dem nächsten Hefte der Tübinger deutschen Vierteljahrsschrift erscheinen soll.

10) Studien zur Vorbereitung einer gründlichen Auslegung und Anwendung des Criminalgesetzb. v. Sachsen, von Krug. Leipzig 1838. 2 Thle.

11) Zu seiner Ausgabe der neuen Criminalgesetze für Sachsen. Leipzig 1838.

12) Krit. Bemerkungen über den sächs. Entwurf, von Vogel. 1837. 2 Abthh.

13) Das neue Criminalgesetzb. Sachsens, mit Erläut. von einem prakt. Rechtsgelehrten. Leipzig 1838. 3 Abthh.

14) Criminalgesetzb. für das Königr. Sachsen, mit Anmerk. von Groß. Leipzig 1838. 2 Abthh.

15) Criminalgesetz. von Sachsen, von Groß. 2te Abthl. S. 16—40.

16) Beiträge zur Beurtheilung des Criminalgesetzb. für das Königreich Sachsen, von C. Schüler (Oberappellationsrath). Jena 1839.

Digitized by Google

Vorzüglich wird durch die Betrachtung der Anwendung der neuen durch ständische Berathungen zu Stande gekommenen Gesetzbücher ein Punkt von Bedeutung, nämlich die Auslegung solcher Gesetze. Es ist bekannt, daß im Laufe der Berathungen der Kammern nicht selten von Seite der Minister oder Regierungscommissarien Zusicherungen über den Sinn, in welchem der Artikel angenommen und ausgelegt werden soll, ertheilt werden, um die Kammern zu beruhigen. In welcher Lage befindet sich hier der Richter, welcher dies Gesetz anzuwenden hat [16]). Muß er den Sinn, welchen die Regierungscommissarien zusicherten, bei der Anwendung zum Grunde legen, oder folgt er nur seiner Ueberzeugung, die nach richtigen Auslegungsregeln an die Worte des Gesetzes sich hält. Wir glauben, daß nur das letzte richtig ist, weil die Versicherung des Regierungscommissärs nicht Gesetzeskraft hat, und der oft im Augenblicke gedrängte und zur Ertheilung einer Antwort genöthigte Commissar seine Ansicht ausspricht, ohne im Namen des Gesetzgebers (in constitutionellen Staaten ist es ja nicht die Regierung allein) sprechen zu können [17]). Noch schlimmer wird die Sache, wenn der Richter, der ein in den Kammern berathenes Gesetz anwenden soll, frägt, in wiefern er von den vollständigen Berathungen als einem Auslegungsmittel Gebrauch machen darf. Nicht selten wird in dem Commissionsberichte eine Ansicht geäußert, welche in den Kammern von mehreren Mitgliedern widersprochen wird; oft entscheidet der von andern Mitgliedern befragte zur raschen Antwort gedrängte Berichterstatter einen ihm vorgelegten Fall auf eine Weise, die kaum dem

16) Sehr richtig hat auf diesen Uebelstand Schüler in der in Note 15. angeführten Schrift S. 8. 9. aufmerksam gemacht.

17) Im Königreich Sachsen zeigt sich der Uebelstand klar bei dem Art. 132. des Gesetzbuchs, wo die Regierung eine Zusicherung gab, die schwerlich dem Gesetze gemäß ist.

Digitized by Google

Gesetze entspricht; oft nimmt eine Kammer einen Artikel aus ganz andern Gründen als die andere Kammer an; nicht selten sind Regierung und die Kammer uneinig über die Gründe des Gesetzes oder über seine Ausdehnung; bei der Abstimmung wird mit kleiner Majorität der Artikel angenommen; welcher Sinn muß von dem Richter zum Grunde gelegt werden? — Alle diese Fragen verdienen noch eine ernstliche Prüfung[18]).

Eine neue große Erscheinung im Fache der Gesetzgebung zeigt sich in den sächsischen Ländern. Im Großherzogthum Weimar ist das königlich sächsische Gesetzbuch im Ganzen eingeführet worden[19]). Der oft geäußerte Wunsch, daß Deutschlands Gesetzgebung zu einer Einheit gelangen möge, scheint allmählig realisirt werden zu können; dem Beispiele Weimars werden nach öffentlichen Nachrichten auch andere sächsische Länder folgen. Unter den stammesverwandten sächsischen Ländern wird künftig nur ein Gesetzbuch herrschen. So erfreulich auf einer Seite diese Aussicht ist, so bedenklich scheint sie doch auf der andern. — In Weimar wurde von Seite der Regierung erklärt[20]), daß man den Antrag auf Annahme des sächsischen Gesetzbuchs dadurch bedingen müsse, daß der Landtag sich zu dieser Annahme ohne alle wesentliche Abänderungen entschließen könne und wolle. Dies scheint nun eine bedenkliche Zumuthung für eine Ständeversammlung. Eine selbstständige Mitwirkung der Stände zur Gesetzgebung durch Abwägung aller Artikel,

18) Gute Ansichten in Schletter de subsidiis interpretationis legum ex iis quae in comitiis acta sunt petendis inprimis habita codicis criminalis saxonici ratione. Lipsiae 1839. Wir werden diese gute Schrift im nächsten Hefte des Archivs näher würdigen.

19) Vermöge Publicationspatents vom 5ten April 1839.

20) Landtagsverhandlungen von Weimar von 1838. S. 225.

Digitized by Google

durch Verbesserung der Regierungsvorlagen ist dadurch ausgeschlossen. Den Mitgliedern der Stände ist die Pistole auf die Brust gesetzt, sie müssen entweder noch lange auf ein Gesetzbuch verzichten, oder ein nach ihrer Ueberzeugung vielleicht in manchen Bestimmungen mangelhaftes Gesetzbuch annehmen. Jedes Gesetzbuch geht doch aus eigenthümlichen Ansichten und Verhältnissen, insbesondere aus der bisherigen Praxis, die einen Einfluß mehr oder minder übt, in dem Lande hervor, in dem es zu Stande kommt. Mag auch das Königreich Sachsen noch so vielfach mit den sächsischen Fürstenthümern durch Gleichheit der Verhältnisse verbunden seyn, so ist es doch bekannt, daß von jeher doch Verschiedenheiten vorkamen. Die Ständemitglieder müssen ihre Ueberzeugung, nach welcher mancher Artikel des fremden Gesetzbuchs verbessert werden könnte, opfern. Noch bedenklicher aber wird es mit der Fortbildung des Gesetzbuchs. Nothwendig werden im Königreich Sachsen manche Nachträge, Interpretationen, Vollziehungsverordnungen u. A. erscheinen; wie soll es damit gehalten werden in Weimar? Bei den Verhandlungen in Weimar [21]) wurde der Antrag gestellt, daß die Regierung ermächtigt werden sollte, alle im Königreich Sachsen ergehenden Abänderungen, Verbesserungen u. A. in Bezug auf das Gesetzbuch auch in Weimar, ohne sie zuvor einer landständischen Berathung zu unterwerfen, zum Gesetz zu erheben. Mit Recht widersetzten sich die meisten Mitglieder diesem Antrage. Wer kann der Kammer zumuthen, auch im Namen aller künftigen Ständemitglieder dem Rechte zu entsagen, vorgelegte Gesetze zu prüfen? Soll Weimar seine eigenen Erfahrungen nicht benutzen dürfen? — Es ist vorauszusehen, daß in jedem Lande, das unter einem besondern obersten Gerichte steht, auch

21) Landtagsverhandlungen 1838. S. 316.

Digitized by Google

das nämliche Gesetzbuch sich im Laufe der Zeit eigenthümlich fortbilden wird. Man müßte darnach, um doch die Einheit der Fortbildung zu bewirken, auf Mittel sinnen, deren Durchführung nicht leicht seyn wird [22]). In den weimarischen Verhandlungen über das Gesetzbuch kamen manche interessante Bemerkungen vor, da die Ständemitglieder bei ihrer Abstimmung ihre Ansichten über das Gesetzbuch aussprachen. Am meisten verdiente der geistreiche Vortrag Kieser's über die Verbesserung des Gefängnißwesens [23]) und die darüber gepflogenen Verhandlungen [24]) Beachtung. Auch hatte der Landtag in seiner Erklärungsschrift mit Nachdruck auf die Nothwendigkeit einer auf moralische Besserung der Sträflinge berechneten Gefängnißverbesserung gedrungen. Weniger erfreulich sind dagegen die in den Verhandlungen laut gewordenen Stimmen über die Nothwendigkeit der körperlichen Züchtigung als Strafmittel der Felddiebstähle und über Ausdehnung dieser Strafart auch auf Frauenspersonen. Wann wird in Deutschland die Zeit kommen, in welcher man einsieht, daß nicht die Abschreckung der einzige Zweck der Strafe seyn darf? Das sächsische Gesetzbuch ist in Weimar nur mit unbedeutenden wegen der verschiedenen Einrichtungen nothwendigen Redactionsveränderungen im Ganzen angenommen; nur eine Abänderung findet sich im Art. 240; darnach soll, wenn jemand wenigstens zweimal wegen Diebstahls oder Hehlerei bestraft worden ist und aufs neue rückfällig wird, gegen ihn, wenn der Verbrecher durch eine ganz unge-

22) Richtige Bemerkungen darüber in Schüler Beiträge, Vorwort S. VIII—XI.

23) Abgedruckt in den Landtagsverhandlungen S. 399—408.

24) Verhandlungen S. 410; vorzüglich findet sich S. 412. ein guter Vortrag des Abgeordneten v. Müller. Wir werden an einem andern Orte von diesen Verhandlungen sprechen.

Digitized by Google

wöhnliche Häufung der Verbrechen gegen das Eigenthum dargethan hat, daß ihm dieselben zur unbezwinglichen Gewohnheit geworden sind, als gegen einen unverbesserlichen und der öffentlichen Sicherheit gefährlichen Verbrecher bis auf lebenslängliches Zuchthaus zweiten Grades erkannt werden. Wir können diese Abänderung nicht für eine Verbesserung halten. Die Vorschrift enthält einen gewaltigen Sprung in der Strafscala; sie beruht auf einer nicht zu rechtfertigenden Vermuthung der Unverbesserlichkeit. Sie steht im Widerspruche mit dem überall gepriesenen Streben, durch die Gefängnißeinrichtung die Besserung der Sträflinge zu bewirken; sie ist unnöthig, weil der Staat ein anderes Mittel hat, nämlich einen solchen arbeitsscheuen gefährlichen Dieb nach überstandener Strafe in einer polizeilichen Arbeitsanstalt bewahren zu lassen.

Von neuen in Deutschland und der Schweiz erschienenen Entwürfen zu Strafgesetzbüchern liegen vor: 1) der für das Großherzogthum Baden [25]); 2) der Entwurf für das Großherzogthum Hessen; 3) der für die Republik Bern [26]), und 4) der Entwurf des allgemeinen Theils des Strafgesetzbuchs für den Kanton Thurgau [27]). Die Prüfung dieser Entwürfe soll der Gegenstand der Fortsetzung dieses Aufsatzes seyn. Ueberall bemerkt man wenigstens mit Freude den Fortschritt, daß man dem richterlichen Ermessen einen größern Raum als früher giebt, und daß die entehrenden Strafen immer mehr beschränkt werden. — Wir leiten endlich noch

25) Wir werden von dem Gange der Verhandlungen der Kammern über diesen Entwurf Nachricht in diesem Archive geben.

26) Aus 279 Artikeln.

27) Aus 85 §§.

Digitized by Google

die Aufmerksamkeit unsrer Leser auf neue legislative Erscheinungen in Nordamerika in Bezug auf die Todesstrafe. Im Staate Rhode-Island ist der Entwurf eines Strafgesetzbuchs vorgelegt, in welchem die Todesstrafe nicht mehr Platz finden soll. Im Staate Tenessee ist 1838 das Gesetz angenommen worden, daß da, wo die Todesstrafe im Gesetze gedroht ist, in allen Fällen, in welchen die Geschwornen das Daseyn von Milderungsgründen aussprechen, das Gericht nur lebenslängliche Freiheitsstrafe erkennen darf.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

XVII.

Die Ausübung der Gesetzgebungsgewalt unter Theilnahme von Ständeversammlungen und insbesondere die Verhandlungen der Württ. Kammer der Abgeordneten über das Königl. Württembergische Strafgesetzbuch.

Von

W. Wächter.

Schon früher habe ich bei verschiedenen Gelegenheiten mir erlaubt, über die Strafrechtscodification mich ausführlicher zu äußern. Namentlich berührte ich auch die Bedenken, welche in dieser Hinsicht besonders in denjenigen Staaten entstehen können, nach deren Verfassung zur Gültigkeit eines Gesetzes die Zustimmung ständischer Kammern nöthig ist, und über die Klippen, welche hier dem Zustandekommen des Werkes überhaupt, und einem in sich consequenten und vollständig befriedigenden Gesetzbuche entgegenstehen. Zugleich aber sprach ich die Hoffnung aus, daß diese Schwierigkeiten bei einem tüchtigen Sinne unsrer ständischen Kammern sich wohl werden überwinden lassen, und diese Hoffnung hat mich nicht getäuscht. In einem Norddeutschen Staate wurden die Verhandlungen über ein Strafgesetzbuch in den ständischen Kammern mit Erfolg bis zum Ende geführt, und das wirkliche Zustandekommen und

Digitized by Google

die Publication des Werkes scheint nur an anderweiten politischen Ereignissen sich gestoßen zu haben. In zwei Staaten dagegen, welche mit dem ebenberührten in der neuern Zeit die drei größten deutschen Staaten des gemeinen Rechts bildeten, in Württemberg und Sachsen, kam vor Kurzem das große Werk vollständig zu Stande. In Sachsen wurde das neue Strafgesetzbuch im März 1838, in Württemberg im März 1839 publicirt.

Die Erfahrungen, welche durch die ständischen Verhandlungen über das Strafgesetzbuch in diesen Staaten für die Behandlung und das Schicksal größerer Gesetze in ständischen Kammern sich ergeben, sind an sich und für spätere Zeiten für diese Staaten selbst unstreitig von Wichtigkeit; sie sind es aber auch für andre Staaten, welche denselben Weg zu gehen im Begriffe sind — namentlich gehören hieher Baden und Hessen — und es dürfte daher nicht ohne allgemeines Interesse seyn, über den Gang und die Resultate solcher ständischen Verhandlungen genauere Berichte zu erhalten. Von Hannover gab uns (in diesem Archive) solche Berichte Zachariä und später Bleibtreu, ein Mitglied der dortigen Kammer der Abgeordneten, welches lebhaften Antheil an den ständischen Verhandlungen nahm, und von Württemberg hat Mittermaier in den Heidelberger Jahrbüchern einen interessanten Ueberblick gegeben, und Hohbach in diesem Archive einen, auf die einzelnen Hauptbestimmungen des Gesetzes eingehenden, schätzbaren Bericht zu geben angefangen [1]). Wenn ich mir erlaube, hier einigen allgemeinen Erörterungen über den bei Gesetzbüchern, welche zu ständischer Berathung zu bringen sind, einzuschlagenden Weg einen mehr auf die Form der Verhandlungen und die daraus sich er-

1) Vgl. auch über die Sächsischen Verhandlungen Mittermaier in diesem Archive, Jahrgang 1837. S. 545—560, Jahrgang 1838. S. 1 ff.

Digitized by Google

gebenden allgemeinern Resultate sich beschränkenden Bericht über die Verhandlungen der Württembergischen Kammer der Abgeordneten anzuknüpfen, so fand ich dabei in dem Wunsche meines geehrten Freundes Mittermaier und in der Stellung, welche ich bei den Verhandlungen über das Strafgesetzbuch als Mitglied der Kammer der Abgeordneten hatte, und in manchen Vorwürfen, welche von mehreren Seiten dem Gange unserer Verhandlungen gemacht wurden, noch eine besondere Aufforderung.

Ueber die Art und Weise, wie von der Regierung die Gesetzesentwürfe am geeignetsten vorbereitet werden, was hier besonders zu beachten ist, und wie die Arbeit am zweckmäßigsten bewerkstelligt wird, ist in neuerer Zeit schon so Vieles und so Gutes gesagt und erörtert worden [2]), daß es überflüssig seyn möchte, hier wieder darauf einzugehen. Nur zwei Punkte erlaube ich mir in dieser Hinsicht zu berühren, weil sie gerade in neuerer Zeit mitunter nicht durchaus beachtet wurden. Bei der Zusammensetzung der Commission, durch welche die Regierung den Entwurf eines Gesetzes zur Vorlage desselben an die ständische Kammer vorbereiten läßt, sollte die Regierung Bedacht darauf nehmen, auch einige tüchtige und einflußreiche Kammermitglieder zuzuziehen. Der Vortheil, den hieraus die Berathung des Gesetzes in den Kammern ziehen würde, ist wohl unverkennbar. Abgesehen davon, daß dadurch schon Ansichten der Kammern repräsentirt und geltend gemacht und so schon im Keime manche Differenzen ausgeglichen werden können, so ist es gewiß von entschiedener Wichtigkeit, daß auf diesem Wege einflußreiche Organe der Kammern mit dem Geiste und den Gründen des Entwurfes genau bekannt und vertraut werden, und der

2) Namentlich gehört hieher auch die Schrift von J. Kitka Ueber das Verfahren bei Abfassung der Gesetzbücher überhaupt, und der Strafgesetzbücher insbesondere. Brünn 1838. 8.

Digitized by Google

Entwurf schon im Voraus einen tüchtigen Stützpunkt in der Kammer gewinnt. Bei dem Entwurfe des Württembergischen Strafgesetzbuches war dieses weniger vorgesehen, als bei dem nunmehr den Kammern vorgelegten Badischen Entwurfe. An dem letzteren nahmen mehrere der ausgezeichnetsten Mitglieder der Badischen Kammer der Abgeordneten Theil, namentlich die Geheimenräthe Mittermaier und Duttlinger, welche zugleich durch Studien, Stellung und Laufbahn die neuesten Fortschritte der Wissenschaft auf kräftige Weise repräsentierten, und man wird sehen, von welch' ersprießlichem Einflusse dieses auf den ganzen Gang der Sache in der Kammer selbst seyn wird.

Die von der Regierung ausgehenden Entwürfe werden überall mit mehr oder minder ausführlichen Motiven begleitet, und in Verbindung mit denselben bei den Kammern eingebracht. Die gehörige Bearbeitung dieser Motive ist unstreitig von sehr großer Bedeutung. Zunächst sind sie das geeignetste Mittel, die Ständemitglieder über Sinn und Absicht des Entwurfes zu orientiren, und dem Entwurfe in der Kammer seinen Weg zu bahnen. Eine ganz besondere bleibende Wichtigkeit aber haben und behalten sie, wenn der Entwurf wirklich zum Gesetz erhoben wird. Sie sind das authentische Document über den Sinn, welchen der Gesetzgeber dem Entwurfe beilegte; ist bei einer Stelle des Entwurfes der Sinn, den der Gesetzgeber damit verband, zweifelhaft: so müssen zunächst jene Motive die Entscheidung geben, und geben die Stände einem Artikel des Entwurfes ohne Aenderung ihre Zustimmung: so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie diesem Artikel in dem Sinne beigestimmt haben, den der Gesetzgeber ihm beilegte, also im Sinne jener Regierungsmotive [3]). So bilden daher auch für die künftigen Zeiten

3) Vgl. meine Abhandlungen aus dem Strafrechte, Bd. 1. S. 245 f. Ich habe dort zuerst es versucht, die Grundsätze,

Digitized by Google

diese Motive ein höchst wichtiges Hülfsmittel zur Auslegung des Gesetzes. Deßhalb wird die Regierung der Ausarbeitung und Berathung der Motive nicht mindere Wichtigkeit beizulegen und nicht mindere Aufmerksamkeit zu schenken haben, als der Ausarbeitung und Berathung des Entwurfes selbst, und sie wird besondern Bedacht darauf nehmen müssen, daß Entwurf und Motive möglichst mit einander in Harmonie zu stehen, und als aus einem Gusse hervorgegangen erscheinen. — Diesem Punkte scheint bei dem Entwurfe des Württembergischen Strafgesetzbuches nicht durchaus die volle Aufmerksamkeit gewidmet worden zu seyn. Es scheinen die Motive mitunter von anderen Standpunkten aus bearbeitet worden zu seyn, als der Entwurf selbst. Wenigstens findet sich in manchen Punkten eine unverkennbare Disharmonie zwischen dem Entwurfe und den Motiven, und es wurden bei den Berathungen des Entwurfes in der Kammer der Abgeordneten von Organen der Regierung mehrmals die officiellen Motive bei Seite gesetzt, als Mitglieder der Kammer sich auf dieselben beriefen. Uebrigens kann eine solche Erklärung der Bedeutung der officiellen Motive keinen Eintrag thun [4]), und der Richter wird sich in einem solchen Falle doch an den in den Motiven entwickelten Sinn des Gesetzes zu halten haben, falls der betreffende Punkt des Entwurfes von

---

welche bei Auslegung der in den constitutionellen Staaten mit Zustimmung der Stände gegebenen Gesetze zur Anwendung zu bringen sind, festzustellen, und die Freude gehabt, daß inzwischen meiner Ausführung gewichtige Auctoritäten ganz beigetreten sind, namentlich Den Tex in seinen Bydragen, sto. Jahrg. 1836, in welchen er sie mit Anmerkungen begleitet, ins Holländische übersetzte; ferner Groß Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen. 1ste Abtheilung. S. V. Robert v. Mohl die Verantwortlichkeit der Minister. Tübingen 1837. S. 176 f. Hepp Commentar über das Württ. Strafgesetzbuch. Tübingen 1839. Bd. I. S. 41 f.

4) Vgl. Württ. Verfass. Urk. §. 168.

Digitized by Google

beiden Kammern unverändert und ohne Beisatz angenommen würde.

Kommt es in den Staaten, in welchen der Gesetzgeber zur Erlassung eines Gesetzes die Zustimmung ständischer Kammern nöthig hat, zur Vorlage des Gesetzesentwurfes bei den Kammern, so entstehen besonders zwei Fragen: wie weit sollen sich die Kammern in das Gesetz einlassen; sollen sie sich blos auf die allgemeinen leitenden Principien beschränken, oder ihre Berathungen sich auch über das ganze Detail erstrecken? — und wie soll es in formeller Beziehung bei den Verhandlungen gehalten werden?

Beide Fragen sind schon sehr verschieden beantwortet worden, in Schriften und in ständischen Kammern.

Was zunächst die zweite Frage — die formelle Behandlung betrifft [5]): so hängt sie theilweise mit der ersteren wesentlich zusammen. Gehe ich vorerst von der Voraussetzung aus, daß die Kammer das ganze Gesetz, Artikel für Artikel, in seinem ganzen Detail, berathen will — eine Berathungsweise, von welcher unten noch näher die Rede seyn wird, und welche die drei Ständeversammlungen, in denen bis jetzt Strafgesetzbücher zur Berathung kamen, durchaus einschlugen, die Hannoversche, Sächsische und Württembergische — so entsteht hier die Frage, wie es mit den Anträgen der einzelnen Mitglieder gehalten werden soll. Sollen sie während der Berathung eines Artikels vorgebracht, und sofort von der Kammer in Berathung gezogen werden können? oder soll der Antragsteller verpflichtet werden, seine Anträge vorerst der zur Begutachtung des Gesetzbuches niedergesetzten Commission mitzutheilen, damit diese ihn reiflich erwägen, und der Kammer nöthigen-

5) Vgl. hierüber auch Mittermaier in dies. Archive, Jahrg. 1837. S. 552—560.

Digitized by Google

falls besonderen Bericht darüber erhalten kann?" Für das Letztere entschieden meines Wissens die Hannoverschen Kammern und die erste Sächsische Kammer. Allein in Sachsen zeigte es sich bald, daß es wenig durchführbar sey; die erste Sächsische Kammer sah sich genöthigt, ihre Entscheidung allmählig fallen zu lassen, weil sie sich nicht wohl festhalten ließ, auch mehr zu Weitläufigkeiten und zur Verlängerung der Verhandlungen, als zur Abkürzung derselben führte, und die zweite Sächsische Kammer verwarf einen ähnlichen Vorschlag sogleich ganz. Dagegen machte einen Vorschlag dieser Art die zur Berichterstattung über das Strafgesetzbuch niedergesetzte Commission der Württembergischen Kammer der Abgeordneten, welcher vor Beginn der Berathung des Gesetzbuches von der Kammer der Auftrag gegeben wurde, über die zweckmäßigste formelle Behandlung der Sache zu berichten. Die Commission glaubte nämlich, daß, wenn Anträge der einzelnen Mitglieder sofort berathen würden, dieses leicht zu Verwirrungen und zu großer Zeitverschwendung führen, und, weil man die Bedeutung und die Consequenzen eines neuen Antrages und sein Verhältniß zur Oekonomie des Ganzen oft nicht sogleich übersehen könne, die Einheit und Consequenz des Gesetzbuches gefährden möchte. Sie meinte daher, die Kammer solle aussprechen, „daß mit „Ausnahme solcher Anträge, welche in der Berathung selbst „sich entwickeln, alle übrigen Anträge der einzelnen Mitglie„der vom Antragsteller mit kurzen Gründen schrift„lich abgefaßt und mindestens 8 Tage vor der „muthmaßlichen Zeit, zu welcher sie die Reihe „der Berathung treffen könnte, bei dem Se„cretariat aufgelegt werden sollen [6]), damit

6) Für eine ähnliche Anordnung erklärt sich auch Mittermaier a. a. O. S. 555. 560.

Digitized by Google

„jedes Kammermitglied und insbesondere die Commission im „Stande sey, ihren Einfluß auf schon gefaßte oder zu fas„sende Beschlüsse zu erwägen, und sich überhaupt auf solche „für die Berathung in der Kammer vorzubereiten." Indessen gab sie am Schlusse ihres Berichtes diesem Antrage die mildere Fassung, daß die Kammermitglieder eingeladen werden möchten, das genannte Verfahren zu beobachten, so daß hier mehr blos ein Wunsch als eine Vorschrift ausgesprochen werden sollte, und blos in diesem Sinne, nur als Wunsch der Kammer, nicht als bindende Norm für die Mitglieder, nur als Etwas, dessen Beobachtung für die Regel angemessen seyn möchte, nahm die Kammer, die manches Bedenken bei der Sache hatte, den Antrag am Ende an. Die Erfahrung zeigte jedoch bald einestheils, daß die Sache nicht durchführbar sey, anderntheils, daß die Befürchtungen der Commission nicht begründet waren. Nicht durchführbar war die Sache — denn die wenigsten Mitglieder der Kammer hatten Zeit, 8 Tage voraus auf die Berathungen, die Tag auf Tag ununterbrochen in langen Sitzungen statt fanden, sich so gründlich vorzubereiten, daß sie ihre Anträge mit schriftlichen Motiven so lange vorher hätten ausarbeiten können, selbst abgesehen davon, daß der Gang der Berathung nicht selten gerade für die nächste Sitzung einen wichtigen Antrag hervorrufen konnte. So kam es, daß eine große Reihe der wichtigsten Anträge von Kammermitgliedern gestellt wurde, ohne sie aber vorher auf dem Secretariat niederzulegen (höchstens 5 oder 6 Anträge von mehreren Hunderten, die gestellt wurden, theilten die Antragsteller vorher mit), sondern die Anträge mündlich in der Kammer gestellt, und von ihr sofort in Berathung gezogen wurden.

Es zeigten sich aber auch die Befürchtungen der Commission bei diesem Verfahren nicht begründet. Bei-

Digitized by Google

nahe alle Anträge, welche ohne alle Voranzeige derselben von einzelnen Kammermitgliedern gestellt wurden, konnten ohne Anstand sofort berathen werden, und nur in sehr wenigen Fällen war es nöthig, die Berathung solcher Anträge vorerst auszusetzen, und ihre Begutachtung an die Commission zurückzuweisen.

Man überzeugte sich auch so sehr von dem Vorzuge dieses letzteren Verfahrens, daß auf dem jetzigen Landtage (1839), auf welchem zwei wichtige und umfassende Ergänzungsgesetze des Strafgesetzbuches — ein Gesetz über die bürgerlichen Folgen der Verbrechen in 25 Artikeln und ein Polizeistrafgesetz in 102 Artikeln — zur Berathung und Verabschiedung kamen, keine einzige Stimme sich für die Behandlungsart der Sache erhob, welche jene Commission für das Strafgesetzbuch vorgeschlagen hatte, und auch hier wurde die beim Strafgesetzbuche gemachte Erfahrung von Neuem bestätigt. Jedes Mitglied brachte bei den beiden letztgenannten Gesetzen seine Anträge immer erst bei der Berathung des Artikels, auf den sie sich bezogen, vor, die Anträge konnten sofort ohne Weiteres mitberathen und darüber Beschluß gefaßt werden, und nur etwa ein halbes Dutzend derselben mußten an die Commission zu besonderer Begutachtung zurückverwiesen werden. Daß durch eine solche Behandlung der Sache auch sehr viel an Zeit gewonnen wird, ist einleuchtend, und daß die Consequenz des Gesetzes nicht dadurch gelitten hat, wäre leicht zu erweisen.

Wie weit aber — und dies ist allerdings eine der wichtigsten Fragen — wie weit sollen sich die Kammern bei ihren Berathungen und Beschlußnahmen in das Gesetz selbst einlassen?

Schließt man den ganz besondern Fall, der auch schon vorgekommen ist, aus, daß eine Ständeversammlung ein größeres Gesetz ohne Weiteres in Bausch und Bo-

Digitized by Google

gen blos zur Probe auf eine gewisse Zeit annimmt: so glaube ich, daß die Berathung einer Ständeversammlung nicht blos die allgemeinen Beziehungen des Gesetzes zum Gegenstande haben kann, sondern sich auch auf das ganze Detail erstrecken muß. Freilich nehme ich dieses nicht in dem Sinne, als ob jeder Detailpunkt in der Ständeversammlung zur besonderen Erörterung zu bringen wäre. Dieses ist nicht einmal bei allen allgemeineren Punkten nöthig. Aber die Detailpunkte müssen eben so gut Gegenstand der Prüfung der mit Begutachtung des Entwurfes beauftragten Commission der Kammer seyn, und ebenso von den Mitgliedern der Kammer zu Gegenständen ihrer Verbesserungsvorschläge genommen werden können, und ebenso der besonderen Zustimmung der Kammer unterstellt werden, als die allgemeinen Principien. Denn es bekommt, von Anderem abgesehen, das Allgemeine erst durch die besonderen Normen seine nähere Bestimmung und seinen scharfen Charakter, und die besten allgemeinen Principien können durch die Art und Weise, wie das Gesetzbuch im Einzelnen sie durchführt und anwendet, völlig paralysirt werden, und auf die schädlichste Weise wirken. Ist auch z. B. in einem Strafgesetzbuche das Strafsystem auf das Trefflichste bestimmt, wie ungerecht und gefährlich kann es doch wirken, je nachdem es auf die einzelnen Verbrechen angewendet wird. Auch das beste Strafsystem wird z. B. lange dauernde Freiheitsstrafen, hohe Geldstrafen, entehrende Folgen bei gewissen Verbrechen, wird, wie ich wenigstens mit Vielen glaube, Todesstrafen dermalen noch nicht entbehren können. Allein ist es nicht von der größten Wichtigkeit, wie nun das an sich gerechte und zu rechtfertigende System auf jedes einzelne Verbrechen angewendet wird? Können nicht auch beim besten Strafsystem die grellsten Ungerechtigkeiten begangen werden, wenn das Gesetz bei der einzelnen

Verbrechen mit hohen Strafen, mit Infamie und dergl. zu freigebig ist? Kann nicht durch eine Detailbestimmung der rechtlichen Freiheit der empfindlichste Eintrag gethan werden? Muß nicht deßhalb die gewissenhafte Erwägung einer Kammer, welche im Namen des Volkes ihre Zustimmung zum Gesetze zu geben hat, sich auch auf die Art und Weise, wie die allgemeinen Grundsätze im Einzelnen durchgeführt sind, erstrecken? So könnte gewiß durch eine Reihe der schlagendsten Beispiele nachgewiesen werden, daß bei einem umfassenden Gesetze, und zumal bei einem Strafgesetze, nur sehr wenige Partieen als Solche bezeichnet werden können, welche als unwichtig, oder als reine Consequenzen aus festgestellten allgemeinen Grundsätzen weiterer Erwägung der bei der Gesetzgebung mitwirkenden Kammern nicht untergestellt werden sollten [7]). Ich war früher theilweise anderer Ansicht; ich glaubte [8]), daß bei der Berathung eines Strafgesetzbuches in Kammern „die Hauptarbeit von Wenigen ausgehen müsse, und „Sache der Kammer nur sey, bei der Feststellung weniger „Principien und bei der politischen Seite des Gesetzbuches „mitzusprechen", und zu derselben Ansicht bekannten sich auch Andere [9]).

Allerdings kann und muß die Hauptarbeit nur von Wenigen ausgehen. Allein es ist dieses nicht so zu nehmen, als ob diesen Wenigen die Entscheidung geradezu in die Hände zu geben, als ob namentlich der Discussion und Entscheidung der Kammern das Einzelne, das Detail

7) In der Württ. Kammer der Abgeordneten ging auch schon die mit Begutachtung des Entwurfes beauftragte Commission von dieser Ansicht aus. Der sehr gründlich gearbeitete Bericht derselben ist 456 sehr eng gedruckte Seiten stark, ging genau auf das Einzelne ein, und enthielt zu den 438 Artikeln des Gesetzes 207 Anträge.

8) N. Archiv des Cr. R. Bd. XIV. S. 517.

9) Z. B. Zachariä in dies. Archive, Jahrg. 1836. S. 279.

Digitized by Google

zu entziehen wäre. Die Hauptarbeit vielmehr, welche nur von Wenigen ausgehen muß, besteht blos theils in den Vorarbeiten, namentlich in der den Kammer vorzulegenden Commissionsberichten über den Entwurf, theils in der Leitung und Führung der Berathung und Debatte bei der Kammer.

In unseren ständischen Kammern werden durchaus, und so auch in der Württembergischen, die Berathungen der Kammer durch eine von der Kammer aus ihrer Mitte gewählte Commission, welche über die Gesetzesentwürfe Bericht zu erstatten hat, vorbereitet. Diese Commissionsberichte [10]) bilden die nächste Grundlage der ständischen Berathungen, und sind schon dadurch von der größten Wichtigkeit. Soll aber durch sie die Berathung gehörig vorbereitet und ein rascher und sicherer Gang der Verhandlungen erzielt werden, so dürfte bei ihrer Zusammensetzung namentlich Folgendes zu beobachten seyn. Jede Kammer zerfällt nach der Verschiedenheit der politischen Ansichten, der allgemeinen und der speciellen wissenschaftlichen Bildung und der äußeren Stellung, welche die Mitglieder in den bürgerlichen Verhältnissen einnehmen, in

ver-

10) Richtig bemerkt Mittermaier a. a. O. S. 552, daß dieser Bericht, wenn er in Gründlichkeit und Umsicht nicht wesentlich gefährdet werden soll, nicht erst während des Landtages selbst bearbeitet werden darf. Dies wurde auch bei unserm Strafgesetzbuche beobachtet (Not. 7.). Die Commission wurde schon im Anfange des Jahrs 1836 gewählt, hielt im Jahr 1837 ihre Berathungen, und ihr Bericht konnte mehrere Monate vor dem Beginnen des Landtages vertheilt werden, so daß die Ständemitglieder noch die Möglichkeit hatten, auf die Berathungen an der Hand des Commissionsberichtes sich gründlich vorzubereiten. Der gleiche Weg ist nun auch wieder eingeschlagen worden bei der auf dem nächsten Landtage zu berathenden Strafprozeßordnung. — Zu großer Erleichterung des Geschäftes und zur Vereinbarung zwischen beiden Kammern würde es sehr beitragen, wenn die Commissionen beider Kammern zusammentreten könnten. Leider ist dieses in Württemberg nicht der Fall.

Digitized by Google

verschiedene Fractionen. Jede dieser Hauptfractionen sollte in der Commission, welche ein umfassendes Gesetz zu begutachten hat, gehörig repräsentirt seyn, damit schon in der Commission die verschiedenen Standpunkte sich geltend machen, die verschiedenen Stimmen hier schon gehört, im Berichte beachtet und theilweise ausgeglichen, anderntheils berichtigt und widerlegt werden können. Die Majorität in der Commission aber sollte mit der Kammer-Majorität harmoniren, aus der letztern genommen werden und deren Sinn repräsentiren, und aus jener Majorität sollten auch die Referenten der Commission gewählt werden [11]). Diese Gesichtspunkte führen auf eine etwas zahlreich besetzte Commission, und machen dadurch die Verhandlungen in der Commission etwas zeitraubender. Allein was hier an Zeit mehr aufgeht, würde in reichem Maaße wieder gewonnen durch die dadurch erreichbare Abkürzung und Beschleunigung der Verhandlungen in der Kammer. Bei der Zusammensetzung der Commission, welche die Württembergische Kammer der Abgeordneten zur Begutachtung des Strafgesetzbuches niedersetzte, scheinen diese Gesichtspunkte nicht ganz festgehalten worden zu seyn, und daß dadurch der Gang der Verhandlungen in Manchem erschwert und verlängert wurde, dürfte sich unschwer erweisen lassen.

Auch bei der Debatte in der Kammer werden es in der Regel nur Wenige seyn, die das Wort führen. Man hat schon oft Besorgnisse geäußert, daß namentlich bei der Berathung eines Strafgesetzbuches, wo Alles so ad hominem sey, und Jeder am Ende glaube, von der Sache viel zu verstehen, alle Mitglieder dreinsprechen, die Ver-

11) Werden gleich die Commissionen von der Kammer gewählt: so sind sie doch, wegen des Grundsatzes der relativen Stimmenmehrheit, nicht immer Repräsentanten der Kammermajorität, und die Mehrzahl der Mitglieder einer Commission kann leicht von einer compacten Minorität der Kammer gewählt werden.

Digitized by Google

handlungen gar kein Ende finden und, durch eine zum Gesetzgeben nicht besonders vorgebildete Majorität, Inconsequenzen auf Inconsequenzen gehäuft werden. Allein diese Besorgnisse sind, wie die Erfahrungen bis jetzt bewiesen haben, nicht begründet.

Mag auch Mancher und mögen die Meisten glauben, über juristische und insbesondere strafrechtliche Fragen in der gewöhnlichen Conversation sprechen und absprechen zu können: so ist es doch etwas ganz Anderes, in einer Kammer öffentlich über solche Gegenstände zu sprechen. Der Unberufene muß hier gewärtig seyn, wegen jeder Blöße, die er sich giebt, eine scharfe und oft schonungslose Entgegnung von Solchen, die zur Sache legitimirt sind, zu erhalten, das Vertrauen der Collegen kann leicht auf das Spiel gesetzt werden, die Oeffentlichkeit der Verhandlungen und die Anwesenheit der Mitbürger bei denselben zwingt Jeden doppelt, wohl zu überlegen, was er sagen will; einmal oder einigemale zurückgewiesen, nimmt er sich bald in Acht, und so wirkt auch in dieser Hinsicht die Oeffentlichkeit der Verhandlungen, wenn sie gleich mitunter manche Reden hervorrufen mag, die bei geschlossenen Thüren unterblieben wären, doch im Ganzen höchst wohlthätig ein. Ich hatte vielfach Gelegenheit, das eben Gesagte bei den Verhandlungen der Württembergischen Abgeordneten-Kammer über unser Strafgesetzbuch bestätigt zu finden. Nur wenige Mitglieder je aus den verschiedenen Hauptfractionen der Kammer waren es, welche eigentlich die Discussion führten. Allerdings kamen Ausnahmen vor, aber selten weitgreifende, und nur bei einigen Fragen war die Debatte eine sehr allgemeine, wie z. B. bei den Jagdfragen, bei welchen aber gerade wieder eine Geltendmachung der verschiedensten Standpunkte, Erfahrungen und Stellungen für die Sache selbst von Interesse war. Und wenn da und dort eine

Digitized by Google

Stimme sich hören machte, welche den eigentlichen wissenschaftlichen Standpunkt vermissen ließ: so hatte auch dies manches Interesse. Man konnte ermessen, wie von der größeren Masse des Volks ein Gesetz aufgefaßt werden, welchen Eindruck es auf sie machen mag, welche äußere Momente, Umstände, Volksverhältnisse, die der Gesetzgeber nicht außer Acht zu setzen hat, sich geltend machen und Berücksichtigung verdienen. Ich wenigstens gestehe, daß mir von meinem wissenschaftlichen Standpunkte aus gerade in dieser Hinsicht die Kammerverhandlungen sehr interessant waren, und daß ich aus Stimmen und Bemerkungen der eben angegebenen Art manche unmittelbare Ausbeute schöpfte [12]). In der Regel aber waren es einzelne in den öffentlichen Blättern s. g. Führer der verschiedenen Hauptfractionen, welche das Wort führten. Nur wolle man in dieser Hinsicht keinen Zwang begründen, etwa Einzelnen, z. B. den Mitgliedern der Commission, vorzugsweise ein Recht der Führung der Debatte vindiciren. Eine Kammer, welche ist wie sie seyn soll, würde sich gegen jede Vorschrift, gegen jeden Zwang in dieser Hinsicht mit Recht sträuben. Man wird hier, wie in so vielen Dingen, am sichersten und richtigsten gehen, wenn man der Discretion der Einzelnen, und den natürlichen Schranken, die sich gegen Mißbrauch entgegenstellen, die Sache überläßt.

Aber, wendet man ein, am Ende entscheidet doch eine Majorität, welche größeren Theils Mitglieder zählt, die zu dem so schwierigen Werke der Gesetzgebung nicht gehörig sich gebildet haben. Wie sollen da Dissonanzen, Inconsequenzen, ganz unrichtige Entscheidungen ver-

12) Nicht uninteressant waren in dieser Hinsicht auch auf dem gegenwärtigen Landtage (1839) manche Debatten über das Polizeistrafgesetz, namentlich die über das Verbot der Spiele, über Wucher ꝛc. — Vgl. auch Freudentheil in diesem Archive, Jahrg. 1838. S. 85 f., dessen Ansichten über die Detailbehandlung ich im Wesentlichen ganz beitrete.

Digitized by Google

mieden werden? — Die Gefahr ist nicht so groß, als sie scheint. Die Kammer bildet gleichsam eine große Jury, welche im Kleinen die verschiedenen Nüancen der bürgerlichen Gesellschaft darstellt; vor dieser Jury werden von den einzelnen sachverständigen Rednern — mischen sich gleich auch Sachverständige ein, so kommen sie doch nicht zu Einfluß — die Fragen entwickelt und verhandelt, und endlich entscheidet die Jury wie — eine Jury; meist nach ihrem natürlichen Gefühle, nach dem Eindruck, den der einzelne Redner, sein Wort, seine Gründe, das Vertrauen, das er sonst genießt, u. s. w. auf sie macht [13]). Dem natürlichen Rechtsgefühle aber wohnt ein meist richtiger Takt bei, und dies bewährte sich auch entschieden in der Württembergischen Kammer. Dabei zeigte sie auch noch in einer anderen Hinsicht einen sehr richtigen Takt. Vor weitgreifenden Aenderungen, deren Wirkungen und Folgen sich nicht genau übersehen ließen, zeigte sie eine wahre Scheu. Nur wo und so weit sie klar sehen, oder man ihr Sache und Wirkungen ganz klar machen konnte, war sie geneigt, auf Vorschläge einzugehen. Ueberhaupt — wenn bei unsern deutschen Kammern ein umfassendes Gesetzgebungswerk einen üblen Gang in materieller Hinsicht [14]) nehmen sollte: so werden selten die Laien und diejenigen, von denen man sagt, sie verstehen wenig von der Sache, die Schuld tragen; sondern die Schuld würde meist an den Juristen selbst — in den Kammerbänken und am Ministertische — liegen; sie

13) Momente freilich, nach denen ein Gericht, das nach den Gesetzen zu urtheilen hat, nicht urtheilen soll. Schon aus diesem Grunde möchte ich der Jury als Gericht das Wort nicht sprechen.

14) Etwas Anderes ist es, wenn das Gesetz gefährdet wird oder fällt wegen eines einzelnen Artikels, gegen den sich die politischen oder Standesansichten der Majorität oder dergleichen sträuben.

Digitized by Google

würden es seyn, welche die Kammer auf Abwege führten oder sie vor Abwegen nicht wehrten, oder das Richtige nicht mit der gehörigen Kraft der Ueberzeugung und Klarheit den Laien darzustellen wüßten.

So ist es namentlich auch mit den Inconsequenzen. Es werden sich in jeder Kammer doch wohl unter den Sachverständigen Mitglieder finden, welche das Ganze im Auge behalten, die Folgen einzelner Beschlüsse und ihren Zusammenhang mit dem Uebrigen zu ermessen und zu übersehen im Stande sind, und denen es nicht entgehen wird, wenn ein Beschluß sich mit andern schon gefaßten Beschlüssen in einem Widerspruche befindet. Sollte es aber auch diesen da und dort einmal begegnen, etwas der Art zu übersehen: so ist es die Aufgabe der Organe der Regierung, besonders auch in dieser Richtung die Beschlüsse der Kammer zu überwachen, und die Kammer aufmerksam zu machen, wenn sie im Begriffe ist, einen Beschluß zu fassen, oder einen gefaßt hat, der mit früher Beschlossenem und Genehmigtem in Disharmonie steht. Wollte man aber läugnen, daß den Organen der Regierung die Fähigkeit zukomme, solche Inconsequenzen zu bemerken und aufzufinden, so würde man dadurch den genannten Organen auch die Fähigkeit, ein consequentes Gesetzbuch zu verfassen, geradezu absprechen. Hat man aber eine wahre Inconsequenz aufgedeckt, so wird eine Kammer gewiß stets bereit seyn, zur Hebung der Inconsequenz die Hand zu bieten, wenn ihr Verhältniß zu den übrigen Factoren der Gesetzgebung ihr dies nicht unmöglich macht, und man im Stande ist, ihr die Inconsequenz klar nachzuweisen. Daß ich mich in dieser letzteren Erwartung und Voraussetzung nicht täusche, hat bis jetzt stets die Erfahrung, hat namentlich die Erfahrung bei unsern Kammerverhandlungen über das Strafgesetzbuch bewiesen. Es giebt freilich immer auch Mitglieder, welche dem nachgewiesenen directesten

Digitized by Google

Widerspruch ihr Ohr verschließen; es giebt namentlich manche Mitglieder, welche in das Votiren „stante concluso" sich nicht fügen wollen, d. h. welche, wenn von der Kammer eine Prämisse festgestellt ist, die ihnen nicht behagt, später auch bei Folgesätzen die von der Kammer festgestellte Prämisse durchaus nicht anerkennen wollen, und so votiren, als ob eine ganz andere Prämisse festgestellt wäre, und nur den Vordersatz, den sie nun einmal für richtig halten, gelten lassen wollen. Dies ist freilich ein nicht zu billigendes Verfahren. Allein ein solches Verfahren wird stets die Majorität gegen sich haben, da ja diese es ist, welche jene Prämisse festgestellt hat, und welche ihr daher auch im Einzelnen und in den Folgesätzen Geltung zu verschaffen suchen wird. So ging es auch in der Württembergischen Kammer der Abgeordneten bei der Berathung des Strafgesetzbuches. Ja, selbst manche Inconsequenzen, welche der Entwurf an sich trug, wurden durch die Kammerverhandlungen gehoben; manche Anträge der Commission, welche mit dem, was sie am Entwurfe stehen lassen wollte, nicht harmonirten, wurden in der Kammer verbessert. Allerdings ist das Gesetz, wie es am Ende zu Stande kam, nicht ganz ohne Incohärenzen. Allein wohl nur etwa zwei möchten in der Anwendung einige Schwierigkeit erzeugen können. Diese gingen theilweise von der Commission, theilweise vom Entwurfe selbst aus, wurden, obwohl sie als Inconsequenz zur Sprache gebracht wurden, von Juristen in der Kammer unterstützt und auch von den Organen der Regierung nicht gemißbilligt, und aus einem solchen Falle kann man daher nicht den Beweis führen wollen, daß bei Kammerverhandlungen Inconsequenzen zu fürchten und nicht zu vermeiden seyen. Andere Incohärenzen bestehen nur in einer Abweichung von allgemeinen Principien bei einzelnen Strafbestimmungen. Allein sie bilden nur Ausnahmen von den

Digitized by Google

allgemeinen Grundsätzen, wie sie sich in jeder Gesetzgebung finden, machen in der Anwendung selbst keine Schwierigkeit, und werden meist durch einen auf eine andere Weise nicht zu hebenden, Conflict zwischen den verschiedenen Factoren der Gesetzgebung — und dieser bildet allerdings die gefährlichste Klippe für die Güte und innere Harmonie eines von der Zustimmung der Stände abhängenden Gesetzes — erzeugt, und bei solchen Conflicten ging das Bestreben der Kammer der Abgeordneten dahin, möglichst die Harmonie mit jenen Principien zu erhalten, und wenn dies ihr nicht ganz gelang, so wirkte sie doch auf eine Annäherung ein, welche ohne ihre Theilnahme nicht in diesem Grade statt gefunden hätte [15]).

So wird daher gewiß der unbefangene Beurtheiler unsrer Verhandlungen zugeben, daß durch die Kammerverhandlungen der Entwurf wesentlich gewonnen hat, wie dies auch die Regierung selbst aussprach [16]), und so gab dieses wichtige und umfassende Gesetz einen neuen Beleg dafür [17]), daß man, auch abgesehen von dem Volksthüm-

15) Zu den Dingen, welche die Kammer der Abgeordneten vergeblich durchzusetzen suchte, gehören auch einige formelle Punkte, namentlich ein Ausmerzen alles Dessen, was blos der Schule angehört. Hier war besonders in einem Punkte es sehr zu bedauern, daß das Streben der Kammer vergeblich war, ein Punkt, der einen Flecken des Gesetzes in wissenschaftlicher Hinsicht bildet. Es ist dies die Eintheilung der Verbrechen in besondern Theile in Staats- und Privatverbrechen, eine Eintheilung, von welcher allseitig zugegeben wurde, daß sie keine praktische Bedeutung habe und blos der Schule angehöre, und welche noch dazu im Gesetze auf eine Weise durchgeführt wurde, bei der es ganz unmöglich ist, einen Begriff von dem anzugeben, was nach dem Gesetze ein Staats- und was ein Privatverbrechen seyn soll, und doch gelang es nicht, diese Eintheilung zu beseitigen.

16) Vgl. Königl. Rescr. vom 21. Oct. 1838, in den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten Beil. Heft III. Abth. 2. S. 373.

17) Und gegen Kitka's unrichtige Behauptung in der oben angeführten Schrift S. 30, „daß aus den Berathungen der

Digitized by Google

lichen und dem den Wünschen und der würdigen Stellung des Volkes Entsprechenden, in Hinsicht auf materielle Güte an sich den Mandataren des Volks ruhig ein Mitwirkungsrecht bei der Gesetzgebung einräumen kann.

In Beziehung auf die formelle Behandlung wurde die Berathung des Württembergischen Strafgesetzbuches wesentlich gefördert durch einen besonderen Weg, den hierbei die Staatsregierung einschlug. Bei dem Beginnen der Verhandlungen legte der Chef des Justizdepartements eine vorläufige Beleuchtung des ganzen oben Note 7. angeführten Commissions-Berichtes vor, in welcher die Staatsregierung ihre Ansicht über diejenigen Anträge der Commission, die ihr nützlich und annehmbar und andrerseits über diejenigen, welche ihr minder begründet oder mit der angenommenen Grundlage des Entwurfes unvereinbar schienen, der Kammer offen vorlegte. Dadurch bekam die Berathung eine entschiedenere und festere Grundlage, die Sache selbst eine vielseitigere Beleuchtung, und über die Punkte, in welchen die Regierung zum Voraus der Commission beistimmte, kam man, sofern die Kammer nicht von der Commission abwich, um so rascher hinweg. Das gleiche Verfahren beobachtete die Regierung später, als die Kammern zum erstenmale den Entwurf durchberathen hatten, in Beziehung auf alle von den Kammern gefaßten Beschlüsse zum Entwurf. Sie erklärte, welchen Verbesserungsvorschlägen nach ihrer Ansicht sofort statt zu geben sey (wobei sie noch einzelnen derselben Bemerkungen beifügte), ferner welche vorerst noch auf weitere Verhandlungen zwischen den beiden Kammern auszusetzen, welche dagegen nur mit Modificationen zulässig seyen, und endlich bei welchen Vorschlägen die Genehmigung von Seiten der Regie-

Stände über Gesetzesentwürfe nicht sobald ein besonderer Gewinn zu erwarten stehe." Er beruft sich hiebei auf Mittermaier und Scheurlen; aber mit Unrecht.

Digitized by Google

rung Anstand finden müsse. In gleicher Weise sprach sie nach den späteren Berathungen der zwischen beiden Kammern stattfindenden Differenzen ihre Ansichten über dieselben mit dem Bemerken aus, daß sie „den ständi„schen Anträgen, in welchen sie eine Verbesserung er„kenne, bereitwillig Aufnahme in das Gesetz gewähre, „daß von dieser Aufnahme selbst solche Veränderungen „nicht ausgeschlossen bleiben sollen, die von der Regie„rung den Interessen der bürgerlichen Gesellschaft nicht „für nachtheilig gehalten werden, und daß sie nur da, „wo nach ihrer unbefangenen Ueberzeugung jene In„teressen Noth leiden würden, mit ihrer Genehmigung „zurückhalten müsse." Am Ende, nach mehrmaliger Berathung jener Differenzen, mußten bei den wenigen noch unausgeglichenen Punkten allerdings die Erklärungen der Regierung in die Form eines Ultimatums übergehen, bei welchem sie auf einigen ihrer Erklärungen mit dem Beifügen beharrte, daß sie, falls „die Kammer „bei ihren entgegengesetzten Beschlüssen stehen zu bleiben „für gut finden möchte, die Hoffnung zur Verabschie„dung des Strafgesetzentwurfes zu gelangen aufzugeben „genöthigt seyn würde." Hiezu war die Regierung (ich spreche hier nicht vom materiellen Inhalt jener Punkte, der theilweise meinen Ansichten nicht gemäß war) constitutionell in ihrem Rechte, — wie sie auch erklärte, daß sie „die Rechte der ständischen Kammern vollständig an„erkennend, in solchen Fällen auch von ihrem Rechte „Gebrauch machen werde" — und sie hatte auch keinen andern Weg, die Berathung zu einem gedeihlichen Ende zu führen. — Waren es gleich solcher Ultimatumspunkte nur sehr wenige, so war doch vorher sehr viel auszugleichen gewesen. Denn wie stand die Sache, nachdem beide Kammern mit der ersten Berathung des Entwurfes zu Ende waren! Von den 438 Ar-

Digitized by Google

tikeln, welche der Entwurf erhielt, hatten sich beide Kammern blos über die Annahme von 131, also nicht einmal des dritten Theiles, vereinigt. Ueber die übrigen dreihundert und sieben Artikel wurden Abänderungsanträge beschlossen, und blos bei ein und neunzig dieser Artikel stimmten in den Abänderungsanträgen beide Kammern vorerst überein.

Und doch vereinigten sich am Ende Kammern und Regierung, und das Gesetz kam zu Stande mit vierhundert und sieben und vierzig Abänderungen und Zusätzen, welche die Kammern am Entwurfe beschlossen hatten! Es wurden manche Stimmen darüber laut, daß diese Vereinigung hauptsächlich durch eine zu große Nachgiebigkeit von Seiten der Kammer der Abgeordneten geschehen sey. Auch in der Mitte der letzteren Kammer wurde dieses geäußert. Ich erlaubte mir aber schon damals darauf zu erwiedern [18]), „man werde bei genauem Vergleichen wohl finden, daß die Kammer der Standesherren in mehr Punkten auf unsre (der Kammer der Abgeordneten) Ansichten eingegangen sey, als wir auf die ihren [19]); freilich liegen noch manche Beschlüsse

18) Protokolle der Kammer der Abgeordneten von 1838. 96ste Sitzung. S. 29.

19) Zum Beweise führe ich blos Folgendes hier an: Am Entwurfe wurden, falls ich recht gezählt habe, in Folge der vereinigten Beschlüsse beider Kammern 447 Abänderungen und Zusätze gemacht, die in das Gesetz übergingen. Die Kammer der Abgeordneten hatte in ihren ersten Berathungen 485 Abänderungen und Zusätze beschlossen. Von diesen gingen nach mehrfachen Verhandlungen 337 ganz in das Gesetz über, wurden also am Ende von der Kammer der Standesherren ganz angenommen, und 50 weitere führten wenigstens zu bedeutenden Milderungen des Entwurfes durch theilweise Annahme. Nehmlich war es mit den ganz neuen Artikeln, welche unter jenen Beschlüssen der Kammer der Abgeordneten enthalten sind. Die Kammer der Standesherren beschloß 5 neue Artikel; von diesen kamen 2 ganz, einer theilweise in das Gesetz. Die Kammer

der Kammer der Standesherren vor, von denen ich gewünscht hätte, daß sie abgeändert würden oder worden wären. Allein durch unbedingtes starres Beharren auf seiner Meinung wurde das Zustandekommen eines Werkes verhindert, das durch das dringendste Bedürfniß gefordert werde, und so habe man gegenseitig nachzugeben."

Allerdings ist das Verhältniß zweier Kammern zu einander die größte Klippe für ein Gesetz, das unter Theilnahme der Stände zu Stande kommen soll, sowohl für das Zustandekommen des Gesetzes überhaupt, als für die Güte seines Inhaltes, wenn es endlich zu Stande kommt. Ist auch die Kammer der Abgeordneten mit der Regierung einig: so droht dem Werke noch manche Differenz mit der Kammer der Standesherren, und das Zustandekommen eines großen, mehrmals durchberathenen, Gesetzes kann durch eine Differenz über einen einzigen Artikel gefährdet werden [20]). Um solche Differenzen zu heben,

---

der Abgeordn. hatte sechs und zwanzig neue Artikel beschlossen. Von diesen kamen ein und zwanzig ganz und drei theilweise in das Gesetz. — In Beziehung auf die beiden wichtigen Gesetze, welche auf dem Landtage von 1839 berathen wurden, fand Gleiches statt. Man wird wohl sagen können, daß die Kammer der Standesherren bei dem einen dem Gesetze über die bürgerlichen Folgen der Verbrechen fünf Sechstheile, bei dem anderen dem Polizeistrafgesetze etwa drei Viertheile der vielen Amendements der Kammer der Abgeordneten angenommen hat.

20) Die Regierung sollte deßhalb ein beabsichtigtes Gesetz, soweit es nur irgend möglich, in kleinere Gesetze zerschneiden, und jedes gesondert zur Verabschiedung bringen. Fällt dann das eine Gesetz: so rettet man doch noch die übrigen, deren Verabschiedung auch ohne jenes gefallene dem Volke und seinem Rechtszustande noch sehr förderlich seyn kann.

Dieses Verfahren wäre z. B. bei dem Polizeistrafgesetze, welches aus sehr heterogenen Bestandtheilen zusammengesetzt ist, ganz zulässig gewesen, und wenn man es bei demselben beobachtet hätte: so würde nicht das Ganze, aus 102 Artikeln bestehende, Gesetz auf dem Punkte gestanden seyn, blos wegen eines einzigen Differenzpunktes ganz zu fallen, nach-

Digitized by Google

ist oft ein theilweises Nachgeben beider Kammern nöthig, bei welchem freilich das Gesetz und seine Consequenz nicht immer gewinnen wird. Es kann aber auch soweit kommen, daß die eine Kammer einen Artikel, auf den sie großen Werth legt, und über den sie mit der Regierung vollkommen einig ist, bei dem entschiedenen Widerspruche der andern Kammer fallen lassen muß, wenn sie nicht das ganze Gesetz fallen lassen will.

Namentlich war dies bei unserm Strafgesetzbuche der Fall in dem wichtigsten der endlichen Differenzpunkte, bei dem Artikel 378. des Entwurfes (s. g. Jagdartikel), welcher bestimmte, daß wer auf seinem eigenen Grund und Boden außerhalb des Waldes Wild erlege oder beifange, von aller Strafe befreit seyn solle, wenn er binnen 24 Stunden dem Jagdberechtigten oder der Obrigkeit hievon Anzeige mache, und das Wild ausliefere.

Ueber diesen Artikel waren Regierung und Kammer der Abgeordneten vollkommen einig, und die letztere legte hohen Werth auf denselben, und wollte ihn durchaus festhalten. Allein die Kammer der Standesherren erklärte sich eben so entschieden *gegen* den Artikel. Dreimal beharrte die Kammer der Abgeordneten auf dem Artikel, dreimal verwarf ihn die Kammer der Standesherren. Die

---

dem man sich über 101 Artikel vollkommen vereinigt hatte! Beide Kammern waren am Ende blos noch über den privilegirten Gerichtsstand des ritterschaftlichen Adels in Polizeisachen im Zwiespalt. Die Kammer der Standesherren wollte diesen Gerichtsstand auf eine Weise ausdehnen, welcher die Kammer der Abgeordneten niemals zugestimmt haben würde, und wenn auch das ganze Gesetz darüber zerfallen wäre; sie verwarf auch dreimal mit großer Mehrheit das Amendement der Kammer der Standesherren. Das Gesetz war auf dem Punkte, wegen dieser Frage zu fallen, als die Kammer der Standesherren ihren ursprünglichen Beschluß so sehr beschränkte, daß die Kammer der Abgeordneten nun auch von ihrer Seite Einiges zugeben zu können glaubte, und so kam endlich das Gesetz durch gegenseitiges Nachgeben zu Stande.

Digitized by Google

Regierung erklärte endlich, sie werde den Artikel weiterhin nicht festhalten. Wirklich war nun die Frage blos die: wollen wir das Gesetz ohne den Artikel 378, oder wollen wir auf dem Artikel beharren, d. h. das Gesetz fallen lassen, wodurch wir doch nicht den Artikel bekommen und noch dazu das Gute [21]), welches das Gesetz sonst enthielt, verloren hätten. In der Ueberzeugung, daß das Erstere vorzuziehen sey, stellte ich nun in der Kammer den Antrag, zu erklären, daß die Kammer der Abgeordneten den Artikel 378. als von der Regierung zurückgenommen betrachte, und die Kammer nahm diesen Antrag mit 55 Stimmen gegen 32 an, und dadurch war nun das Hinderniß für das Zustandekommen des Gesetzes beseitigt. Man wollte darin von manchen Seiten eine Prädomination der Kammer der Standesherren bei Gesetzgebungsfragen finden. Allein dies war keineswegs der Fall. Bei allen Gesetzgebungsfragen prädominirt — sowohl gegen die Regierung als gegen die andere Kammer — stets die Kammer, welche verneint, welche von ihrem *Veto* Gebrauch macht, weil ein Gesetz nur mit Zustimmung beider Kammern zu Stande kommen kann. Ist nun eine Kammer der Ueberzeugung, daß es besser ist, ein Gesetz falle ganz, als daß es mit einem ihr schädlich dünkenden Artikel angenommen werde, und sagt sie deßhalb zu diesem Artikel unbedingt nein: so prädominirt sie, weil ihr Nein durch keine Gewalt gebrochen werden kann. Will dann die andere Kammer das Gesetz zu Stande bringen: so bleibt ihr nichts Andres übrig, als nachzugeben [22]).

---

21) Namentlich auch bedeutende Milderungen der bisherigen Strafen für Jagdvergehen.

22) Auf diese Weise prädominirte die Kammer der Abgeordneten bei dem Polizeistrafgesetze. S. Note 20.

Digitized by Google

Dieses liegt in der Natur des Verhältnisses ständischer Kammern, und jede der beiden Kammern hat hier gleiches Recht und gleiche Gewalt. In diesem Rechte des unbedingten Veto's in Gesetzessachen liegt aber gerade der unbedingte Hauptwerth der Mitwirkung der Stände bei der Gesetzgebung. Wenngleich zu Aenderungen des Bestehenden, zu Besserungen das Einverständniß beider Kammern und der Regierung nöthig ist, also die einzelne Kammer für sich hier blos auf Wünsche beschränkt ist und der Natur aller Verhältnisse nach seyn muß: so liegt es doch ganz in der Hand jeder einzelnen Kammer, das bestehende Gute gegen jede Aenderung, woher es auch komme, zu schützen und zu erhalten. Zu rasches Verfahren in der Gesetzgebung, Rückschritte, Minderung der Volksrechte, unvolksthümliche oder schädliche Gesetze, überhaupt jedes Verschlimmern des Bestehenden, kann jede Kammer für sich allein durch ihr Nein unbedingt hindern.

Digitized by Google

XVIII.

Ueber die Lossprechung von der Instanz.

Von

H. A. Zachariä.

Vergleicht man den heutigen Standpunkt der Theorie und Praxis des Criminal-Prozesses mit demjenigen, welchen sie noch in der Mitte des vorigen Jahrhunderts einnahm, so lassen sich, was gewiß sehr erfreulich ist, die darin gemachten außerordentlichen Fortschritte nicht verkennen. Irrthümer, die sich von Generation zu Generation durch viele Jahrhunderte fortgeschleppt hatten, sind als solche erkannt worden, und Grundsätze haben sich, besonders noch in diesem Jahrhundert, durchgekämpft, welche bis dahin nur hier und da einen schüchternen Vertheidiger gefunden hatten. Allein leider läßt sich eben so wenig verkennen, daß man nicht selten bei der Anerkennung des Grundsatzes stehen geblieben ist, ohne sich zur consequenten Durchführung entschließen zu können und ohne sämmtliche Folgen einer ältern unrichtigen Ansicht mit ihrer Quelle aus Theorie und Praxis zu verbannen. Von den mancherlei Belegen, die sich für diese Behauptung geben ließen, heben wir hier nur die Nachtheile heraus, welche noch nach der heutigen Theorie des gemeinen Criminal-Prozesses und nach den Bestimmungen der Particular-Gesetze, mit einem unvollständigen Beweise des angeschuldigten Ver-

Digitized by Google

brechens verknüpft werden, und unter diesen wieder nur das Institut der s. g. absolutio ab instantia.

Die bei freisprechenden Urtheilen der Erfahrung nach jetzt offenbar die Regel bildende Lossprechung von der Instanz ist, wie sich bestimmt nachweisen läßt, eine Erfindung der Praxis [1]), welche, wie es scheint, ohne daß die ersten Zeugen derselben ihren Widerspruch mit den Gesetzen verkannt hätten, aus der Streitfrage hervorgegangen ist, ob der Freigesprochene wegen desselben Verbrechens noch einmal angeklagt werden könne? Suchte man diese Frage zunächst mit der Unterscheidung zu beantworten, ob der Angeklagte freigesprochen sey, quia non commisit crimen oder quia non probatum esset crimen [2]), so konnte man leicht dahin kommen, diesen Unterschied auch in der Form der Sentenz auszudrücken. Durch ein sicheres Zeugniß wissen wir, daß die Lossprechung von der Instanz in der sehr ausgebildeten, und durch mancherlei Eigenthümlichkeiten merkwürdigen Mailändischen Praxis, unter dem Namen der absolutio stantibus rebus, oder rebus stantibus prout stant, wenigstens schon in der zweiten Hälfte des 16ten Jahrhunderts überall angewendet wurde, wenn die Unschuld des Angeklagten nicht vollständig erwiesen vorlag, insbeson-

1) Denn die früher wohl gehegte Meinung, daß die im ältern römischen Strafverfahren vorkommende Ampliatio nichts Anderes als die absolutio ab instantia sey, daß also die letztere schon im römischen Rechte eine Stütze finde, ist wohl jetzt von Allen als unrichtig erkannt. Vgl. Matthaeus de crim. Lib. 48. Tit. 17. Cap. 2. Nr. 3. Oppermann, An et quatenus absolutio ab instantia in causis criminal. locum habeat? Gott. 1836. §. 8. 9. Meine Grundlinien des Crim. Proz. S. 258. Ueber die angebliche Bestätigung derselben in der P. G. O. s. weiter unten. Das canonische Recht, c. 15. X. de judic. (II. 1.) spricht blos von der Lossprechung von der Instanz in einer Civilsache.

2) Jul. Clarus Sent. rec. §. fin. Qu. 57. No. 2.

Digitized by Google

sondere auch dann, wenn der durch Indicien Gravirte die Tortur, ohne zu gestehen, überstanden hatte, in sofern man nicht, was auch in der Mailändischen Praxis häufig vorkam, selbst in diesem Falle eine Verurtheilung zu einer s. g. extraordinaria poena, z. B statt des Todes auf die Galeeren eintreten, ließ. Der Mailändische Patrizier und Senator Aegidius Bossius gedenkt ihrer nämlich in der, längere Zeit nach seinem Tode von seinem Sohne Franciscus Bossius 1578 herausgegebenen und dem berühmten Minister Carls V. und Philipps II, Cardinal Antonio Perrenot von Granvella dedicirten Practica criminalis an zwei verschiedenen Stellen. Zuerst, ganz kurz, und auf die spätere Ausführung verweisend, im Tit. de pluribus violentiis, Nr. 115. (p. 283) bei der Frage, in wiefern der Ankläger eine neue Anklage wegen desselben Verbrechens erheben könne, und dann später im Tit. de sententia, Nr. 64. (p. 491.). Hier stellt er nämlich die Regel auf, daß der Freigesprochene wegen desselben Verbrechens nicht wieder beunruhigt werden dürfe, er müßte denn blos einfach (simpliciter) aus der Haft entlassen seyn, worauf es dann weiter heißt: „Quod multo magis procedit, quando judex expresse *interloquitur* eum dimittendo, *rebus stantibus prout stant*, prout hic *Mediolani* et in universo dominio fieri semper consuevit, *nisi quando clare constat de innocentia rei* [3]), quia tunc absolvitur *definitive*." Daß dies unsere absolutio ab instantia im Gegensatz zur völligen, oder definitiven Freisprechung sey, kann nicht dem mindesten Zweifel unterliegen. Bossius erkennt aber auch zugleich an, daß diese Observanz mit dem Rechte, d. h. mit dem römischen Rechte, im Wider-

3) Dieser Satz kehrt etwas weiter unten Nr. 72. fast wörtlich wieder.

Digitized by Google

spruch stehe, indem er hinzusetzt: „*De jure* tamen accusatus accusatore non probante deberet *absolvi definitive* [4]). Zugleich gedenkt aber auch Bossius schon der Streitfrage, ob eine solche unvollkommne Freisprechung den Zwischenurtheilen oder den Enderkenntnissen beizuzählen sey, und verweist deshalb auf Bartolus in l. Titia [5]) ff. de accus. und Felinus in Rubr. de re jud. extra [6]). Man sollte also erwarten, daß diese ebenfalls schon die absolutio rebus stantibus prout stant kennen. Dies ist aber nicht der Fall. Beide behandeln blos die Frage, ob die schon den Glossatoren bekannte Sententia absolutoria ab observatione judicii [7]), z. B. propter libellum male conceptum, propter absentiam (aut contumaciam) accusantis zu den sententiae interlocutoriae oder definitivae zu zählen sey?

Durch Julius Clarus, der, als Mailändischer Senator, ebenfalls die dasige Praxis aus eigner Erfahrung bezeugen konnte, wird der Bericht des Aeg. Bossius vollkommen bestätigt. Er sagt [8]): „Forma autem

4) Mit Beziehung auf die bekannte L. Qui accusare Cod. de edendo. Mit Jason ad h. l. gedenkt er nächst der erwähnten Observanz als einer zweiten Ausnahme der Rechtsregel, des Falles: „Quando contra reum est praesumptio juris."

5) Eigentlich L. Cum Titia (18.) D. de accusat. Sie beantwortet die Frage, ob der Angeklagte, wenn der Ankläger die ihm gesetzte peremtorische Frist habe verstreichen lassen, von demselben Ankläger wiederholt in Anspruch genommen werden könne, und verneint dieselbe.

6) S. Felinus Sandeus († 1503) Commentar. in Libr. V. Decretal. Basil. 1567. fol. Tit. de sent. et re jud. II. 27. in Prooem. Nr. 16.

7) Ueber diese und canon. Recht s. meine Grundlinien des Crim. Proz. S. 258. 259.

8) Sent. rec. Lib. V. §. fin. Qu. 62. Nr. 2. S. aber auch Qu. 57. Nr. 3. „Sed hic quaero, an in dubio censeatur quis absolutus, eo quia crimen non commisit, an au-

Digitized by Google

absolutionis quae *in hoc Ducatu* (sc. Mediolanensi) servatur, est, quod si quidem reus probat innocentiam suam aliter quam per torturam, absolvitur *diffinitive*, neque potest deinde contra eum ex ea causa procedi etiamsi nova indicia supervenirent. Si vero non probat ipse suam innocentiam nisi per torturam, vel si non adsunt indicia sufficientia ad torturam, (dazu ist nämlich semiplena probatio erforderlich,) vel ad imponendam aliquam poenam extraordinariam, tunc absolvitur quidem, sed *non diffinitive*, sed *stantibus rebus, prout stant.* Et hoc casu, si deinde superveniant nova indicia, de novo contra eum proceditur, non obstante tali sententia."

Zugleich erfahren wir aber auch durch Clarus, daß die absolutio ab instantia zu seiner Zeit (also im letzten Viertel des 16ten Jahrhunderts) auch in Spanien und Frankreich in den Gerichten üblich war. Auch bemerkt er, daß es zufolge der Behauptung von Cavarita super ritu magnae curiae 248. Nr. 18. allgemeine Observanz sey, daß der Inquisit in einem solchen Falle Bürgen stellen müsse, „de stando juri, et se praesentando toties, quoties fuerit requisitus." In Mailand sey dies aber nicht im Gebrauch, „nisi Senatus, cui fiunt relationes causarum criminalium, id expresse jubeat." Endlich fügt Clarus noch

tem, quia probatum non fuerit. Resp. quod in dubio sententia absolutoria in causa criminali censetur lata ex eo, quid non fuerit probatum; et ita communiter tenetur. Scias tamen, quod in hoc *Ducatu* haec opinio non servatur: nam ut dixi infra q. 62. vers. Forma autem, *stylus est*, quod quando quis absolvitur, *quia crimen non commisit*, fertur *sententia absolutoria simpliciter, et diffinitive*, ubi vero absolvitur, quia *non probatum*, semper apponitur clausula, *stantibus rebus, prout stant.*"

Digitized by Google

hinzu, daß de jure derjenige, welcher die Tortur überstanden habe, eigentlich gänzlich freigesprochen werden müsse.

Es läßt sich mithin nicht verkennen, daß das Institut der absolutio ab instantia mit ihren Bedingungen und Wirkungen in der italiänischen Praxis des 16ten Jahrhunderts schon vollständig ausgebildet war; nur konnte sie deshalb nicht so häufig wie bei uns zur Anwendung kommen, weil bei halbem Beweise die Tortur eintrat, und diese wohl in den meisten Fällen zum Geständniß und zur Verurtheilung führen mochte. Für uns ist aber die Hauptfrage zunächst die, ob die Lossprechung von der Instanz bei unvollkommnem Beweise schon zur Zeit der P. G. O. auch in Deutschland in Gebrauch gewesen, und von dieser, wie man wohl behauptet hat, vielleicht gar bestätigt worden sey, oder ob und wann sie den Gerichtsgebrauch erst später recipirt habe?

Daß die absolutio ab instantia, in der hier allein in Betracht kommenden Anwendung, im ältern deutschen Strafverfahren, so lange ein blos formeller Beweis galt und die Beweistheorie des römischen Rechts noch keinen Eingang gefunden hatte, nicht vorkommen konnte, liegt wohl klar am Tage. Denn mochte nun der Beweis durch Eid oder Gottesurtheil geführt werden und, in jenem Falle, der Angeklagte mit seinen Consacramentales sich von der Anklage losschwören, oder der Ankläger zum s. g. Ueberstedten zugelassen werden [9]), stets konnte das Resultat nur (formelle) Gewißheit der Schuld oder Unschuld seyn, und ein übrig bleibender unvollständiger Beweis der Anschuldigung war hierbei undenkbar. Diese Art des Beweises erhielt sich bis zu Anfang des 16ten Jahrhunderts

9) Vergl. Henke Gesch. des deutschen peinl. Rechts. Th. I. S. 207 ff. Grimm deutsche Rechtsalterthümer. S. 856 ff.

Digitized by Google

in Deutschland und hier und da wohl noch länger, wo er durch Landesgesetze nicht ausdrücklich aufgehoben war, wie z. B. das unter den Mißbräuchen genannte Uebersichnen in der Bamberg. H. G. O. von 1507 [10]). Auch hatte man sich wohl schon früher der Beweistheorie des römischen Rechts an manchen Orten angeschlossen, und kaiserliche und landesherrliche Privilegien machten es dem Ankläger möglich, auch wohl nur mit zwei Zeugen den Beklagten eidlich zu überwinden [11]), bis man allmählig dahin kam, nicht den Eid, sondern die Zeugen als das eigentliche Beweismittel, wie es die Kaiserlichen beschriebenen Rechte mit sich brachten, zu betrachten.

Dies mußte zur Zeit der Abfassung der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. schon entschiedener Gerichtsgebrauch seyn. Denn sie findet unnöthig, das vorhin erwähnte Verbot der Bamberg. H. G. O. zu wiederholen, und ihr Beweissystem ist ganz dasjenige, welches die bisherige gemeinrechtliche Theorie und Praxis aus dem römischen und canonischen Rechte abgeleitet hatte. Ließe sich nun nachweisen, daß in dieser Theorie schon die Absolutio ab instantia wegen unvollständigen Beweises bekannt gewesen wäre, so würde man gewiß nach einer gesetzlichen Bestätigung derselben in der Bamb. H. G. O. und der peinlichen Gerichtsordnung zu suchen berechtigt seyn, da beide nur darauf ausgingen, den bisherigen Rechtszustand zu fixiren und zu bessern. Wir haben aber gesehen, daß das früheste Zeugniß für diese Form der Lossprechung von Aegid. Bossius in die zweite Hälfte des 16ten Jahr-

10) Art. 273. „Item das beſitzen der vbelthetter vnd andre mißprewch — ſo Keyſerlichen rechten vnd diſer vnſer ordnung widerwertig ſein, wollen wir hiemit auffgehoben vnd abgethan haben, vnangeſehen, ob ſie lang oder kurtz herkomen ſein."

11) Beispiele s. bei Henke a. a. O. S. 211.

Digitized by Google

hunderts fällt; daß derſelbe ſich dabei auf keine frühere gemeinrechtliche Autorität ſtützt, was er gewiß nicht unterlaſſen haben würde, wenn es ihm möglich geweſen wäre, und daß ſie von ihm nur als eine Eigenthümlichkeit der Mailändiſchen Praxis hingeſtellt wird.

Deſſen ungeachtet hat man in der Bamb. H. G. O. Art. 120. und der P. G. O. Art. 99. eine geſetzliche Anerkennung der Absolutio ab instantia zu entdecken geglaubt. Da es nämlich daſelbſt (übereinſtimmend) heißt: „Item würd aber der beklagt mit vrtheyl vnd recht „ledig erkent, mit was maß das geſchehe vnd „die vrtheyl anzeigen würd, dem ſolt wie ſich gebürt „auch gefolgt vnd nachgegangen werden", — ſo hat man gemeint, die Worte, „mit was maß das geſchehe" auf eine Beſtätigung der Losſprechung von der Inſtanz beziehen zu können [12]). Eben ſo hat man auch in den Worten des Art. 201. der P. G. O.: „iſt derſelbig gemelt beklagt mit entlicher vrtheyl vnnd recht von aller peinlichen ſtraff ledig erkant, es wer dann ſach, daß der ankläger ſeiner klag rechtmeſſig vrſach gehabt, dardurch der Richter bewegt werden möcht, die koſten vnd ſcheden — zu vergleichen", eine Hinweiſung auf die verſchiedene Weiſe der Freiſprechung, entdecken wollen [13]). Allein, wie ſchon nachgewieſen wurde, es fehlt an jedem Zeugniſſe, daß zur Zeit der P. G. O. die absolutio ab instantia wegen mangelhaften Beweiſes in Deutſchland ſchon bekannt geweſen ſey, und wenn die P. G. O. in den Worten „mit was maß das geſchehe" neben der endlichen und vollkommenen Freiſprechung wirk-

12) Kress Comment. succ. ad C. C. Caroli V. Art. 99. §. 1. Boehmer Medit. ad C. C. C. Art. 99. §. 1.

13) Oppermann, An et quatenus ab inst. in caus. crim. locum habeat? §. 15.

Digitized by Google

lich noch eine andere Weise derselben andeuten wollte, so könnte damit blos und allein die schon den Glossatoren bekannte absolutio ab observatione judicii gemeint seyn. Es ist aber unwahrscheinlich, daß auch nur dies in der Absicht der P. G. O. gelegen habe. Denn sie redet offenbar nur von dem Ledigerkennen durch endliches Urtheil, und im Art. 201. ist dies ausdrücklich gesagt. Da nun dieser Artikel die Form der im Artikel 99. erwähnten lossprechenden Sentenz bestimmt [14]) und nur der einen Formel gedenkt, „ist derselbig gemelt beklagt mit entlicher vrtheyl vnnd recht von aller peinlichen straff ledig erkant", und da ferner sowohl die absolutio ab observatione judicii, als die absolutio ab instantia von den älteren Juristen nie als wirkliches Endurtheil betrachtet worden ist, so folgt hieraus von selbst, daß die P. G. O. nicht an diese Art der Freisprechung denken konnte. Noch weniger können aber die Worte des Art. 201. der P. G. O. (Bamb. H. G. O. Art. 226.) „es wer dann sach, daß der ankläger seiner klag rechtmessig vrsach gehabt" auf die unvollkommene Freisprechung hinsichtlich der Strafe bezogen werden. Denn die P. G. O. sagt es ja ausdrücklich, daß sie dabei nur die Prozeßkosten und Schäden im Auge habe, daß also die Freisprechung in sofern eine nicht vollständige seyn könne, als die Kosten compensirt werden und der Ankläger keinen Schadensersatz zu leisten habe, wobei sie ohne Zweifel z. B. den Art. 166. vom Stehlen in rechter Hungersnoth im

14) Die Verbindung dieser beiden Artikel ergiebt sich noch deutlicher aus den entsprechenden Artikeln 120 und 226. der Bamberg. H. G. O.; denn am Schlusse des Art. 220. (P. G. O. Art. 99.) sagt die Bamb. H. G. O. ausdrücklich: „Die Form diser vrteyl wirt hernach in dem zweyhundert vnd vier vnd zweynzigisten artikel funden." Vor dem 224. Artikel findet sich nämlich die auch auf den Art. 226. sich beziehende Ueberschrift: „Von Form der vrteyl zu erledigung einer beclagten person."

Digitized by Google

Auge hat, „ob aber der ſelbigen Dieb eyner vnſträfflich gelaſſen würd, ſoll jm doch den kläger vmb die klag teßhalb gethan nichts ſchuldig ſein"; oder die entſprechende Verfügung des Art. 61. über die Compenſation der Koſten, wenn der Freigeſprochene den gegen ihn vorhandenen Verdacht durch eigene Schuld veranlaßte [15]). Dazu kann es aber begreiflicher Weiſe bei einer vollkommenen Freiſprechung eben ſo gut wie bei einer absolutio ab instantia kommen, und man hat alſo gar keinen Grund, hinter jenem beſchränkenden Zuſatze der P. G. O. eine absolutio ab instantia zu ſuchen. Auch würde die P. G. O., da ſie genau alle Formeln des verurtheilenden Erkenntniſſes und zugleich die des Ledigerkennens vorſchreibt, um ſo weniger die Form der absolutio stantibus rebus zu beſtimmen unterlaſſen haben, als ſie die Bekanntſchaft damit, ſelbſt wenn ſie damals ſchon in der italiäniſchen Theorie und Praxis gegolten hätte, bei den ungelehrten Richtern nicht vorausſetzen durfte.

Aber auch für das ganze 16te Jahrhundert läßt ſich kein beſtimmtes Zeugniß beibringen, daß die absolutio ab instantia wegen mangelhaften Beweiſes in Deutſchland in Gebrauch geweſen ſey. Was zunächſt die Ueberſetzer der P. G. O. betrifft, ſo läßt ſich aus Gobler's Uebertragung des Art. 99. der P. G. O. gar nichts entnehmen, da er die Worte, „mit was maß das geſchehe" ganz wörtlich wiedergiebt durch: „quo pacto aut modo id fiat." Remus aber hat dabei offenbar nur die vollkommene Losſprechung im Sinne, denn er paraphraſirt: „Sin accusatus judicum suffragiis *a crimine* absolvatur" und die absolutio a crimine wird ſchon früher der absol. ab observatione judicii entgegengeſetzt.

15) Vergl. meine Grundlinien des Crim. Proz. S. 305.

Digitized by Google

Auch die Zeugnisse, welche Oppermann [16]) aus den Schriften von Perneder, Gobler, Rauchdorn und Sawr beizubringen gesucht hat, beweisen nicht, daß man zu ihrer Zeit die absolutio ab instantia in dem hier damit verbundenen Sinne in der deutschen Praxis gekannt habe, und gestatten daher auch keinen Rückschluß auf die P. G. O. Denn die Stelle aus Perneder's Halsgerichtsordn. Tit. V. Art. 9. redet blos von dem Fall, daß nach schon ausgesprochener Verurtheilung sich Zweifel an der Schuld des Beklagten ergebe, wo dann „die Execution und Vollziehung angeregter Verurtheilung dennoch eingestellt und die Handlung von Neuem erörtert" werden soll. In Gobler's „Rechtenspiegel" Part. VIII. sub fin. wird blos der Art. 201. der P. G. O. wiedergegeben und in dessen „Gerichtlicher Prozeß" fol. CCII. ist zwar von einer absolutio ab instantia die Rede, es ist dies aber weiter nichts als die, wie Gobler ausdrücklich sagt, nicht als Endurtheil zu betrachtende Lossprechung von dem Gerichtsstande, oder die, den Glossatoren schon bekannte, absolutio ab observatione judicii, die, was auch Oppermann zugiebt, die spätere absolutio stantibus rebus noch nicht enthielt. Diese Terminologie gründete sich auf die bekannte Verordnung Justinian's über die auf drei Jahre beschränkte Dauer der Civil-Prozesse [17]), insbesondere auf die im §. 2. dieser Constitution vorkommenden Worte: „volumus — partem fugientem *ab observatione judicii relaxare*", während in der entsprechenden, die Criminalsachen betreffenden, Verordnung [18]) einfach ge-

16) In der angef. Comment. §. 14.

17) Die L. Properandum 11. Cod. de judic. III. 1.

18) L. 3. Cod. Ut intra certum tempus criminalis quaestio terminetur. (IX. 44.).

Digitized by Google

ſagt iſt: Sey nach 2 Jahren der Prozeß nicht zu Ende, ſo müſſe der Richter den Angeklagten absolviren. Gobler will a. a. O. nur den Unterſchied zwiſchen Civil- und Criminalſachen entwickeln und zeigen, daß, wie wir es ausdrücken, in jenen formelle Gewißheit genüge, in dieſen aber, weil kein Unſchuldiger verurtheilt werden dürfe, materielle Gewißheit oder Wahrheit erſtrebt werde. Auch konnte Gobler, deſſen gerichtlicher Prozeß ſchon 1567 erſchien, die erſt 1578 herausgegebene Practica des Aeg. Boſſius, welche das erſte Zeugniß für die absolutio stantibus rebus in der italiäniſchen Praxis enthält, noch nicht kennen.

Das meiſte Gewicht legt Oppermann (a. a. O. §. 14.) auf die beiden Präjudicia von 1580 und 1585, und Abraham Sawr's Peinlichen Prozeß [19]), weil es in dem frühern Rechtsſpruche heißt: „— daß Beklagter von dieſem Gerichtsſtande zu abſolviren und auf Caution des Wiedereinſtellers und uns gewohnlich Urphede zu erlaſſen ſey, wie dann ermeldete Richter und Schöpfen den Beklagten hiermit, alſo wie vorſtehet, abſolviren und ledig ſprechen von Rechtswegen"; in dem ſpätern aber: „Daß ermeldeten B. von dieſem Gerichtsſtande und — Haften, gegen einen gewöhnlichen Urpheden und Erſtattung der Atzung, auch Caution des Wiedereinſtellers auf ferner Fordern zu abſolviren und zu erledigen ſey, wie dann Richter und Schöpfen den Beklagten hiermit abſolviren und ledig ſprechen von Rechtswegen." Allein wir können nicht zugeben, daß dieſe Urtheile wirklich eine Absolutio ab instantia in dem hier damit verbundenen Sinne ausſprächen. Sie enthalten durchaus keine Andeutung, daß wegen mangelhaften Beweiſes die Losſprechung

19) 5te Ausg. Frankf. a. M. 1607. S. 87. 88.

Digitized by Google

erfolge, oder, wie die Formel später hervortritt, „in Ermangelung hinlänglichen Verdachts" wider den Beklagten noch zur Zeit weiter Nichts vorzunehmen sey. Sie sind nichts Anderes, als eine Anwendung der längst bekannten Absolutio ab observatione judicii, wegen Fehlerhaftigkeit des Anklagelibells, oder wegen eines andern formellen Grundes.

Daß Benedictus Carpzov, der die Schriften von Aeg. Bossius und Julius Clarus benutzen konnte und wirklich reichlich allegirt hat, die Absolutio ab instantia kannte, unterliegt keinem Zweifel. Allein er gedenkt ihrer nirgends positiv, sondern nur negativ, in sofern er sich bestimmt gegen die Ansicht erklärt, daß der Angeklagte, wenn er die Tortur, ohne zu gestehen, überstanden habe, nur von der Instanz losgesprochen werden könne. Vielmehr müsse die Freisprechung in diesem Falle, wie es auch in praxi toto die geschehe, eine definitive sey [20]). Daß jene Art der unvollkommnen Freisprechung in der P. G. O. gebilligt sey, davon sagt Carpzov, so genau er sich sonst auch an die Carolina hält, kein Wort. Seine Theorie ist ganz einfach folgende: Entweder das Verbrechen ist erwiesen, dann tritt die Condemnatoria ein, oder es ist nicht erwiesen, dann muß der Beklagte nach der Rechtsregel: Actore non probante reus, etsi nihil ipse praestat, absolvitur, freigesprochen werden. Hat aber der Ankläger so viel bewiesen, als zur Anwendung der Tortur erforderlich ist, so kommt es zur peinlichen Frage, der accusatorische Prozeß geht, wie er sagt, in den inquisitorischen über, und, je nachdem der

20) Carpzovii Pract. crim. Qu. CXXV. Nr. 1—16. Wie Oppermann a. a. O. §. 15. zu der Behauptung gekommen ist, daß diese Stelle, insbesondere Nr. 4. blos von der absolutio ab instantia in civilibus rede, ist schwer einzusehen.

Digitized by Google

Angeklagte geſteht, oder trotz der Folter bei ſeinem Leugnen beharrt, findet dann Condemnation oder völlige Freiſprechung Statt. Daß der Prozeß durch eine Definitiv-Sentenz beendigt werde, als welche eine bloße Losſprechung von der Inſtanz nicht zu betrachten iſt, gehört zu den Substantialibus processus [21]). Aber auch für den Inquiſitionsprozeß unterſcheidet Carpzov [22]), ohne dabei der Absolutio ab instantia zu gedenken, nur folgende Fälle: Entweder der Beweis iſt vollſtändig geführt, dann findet Verurtheilung in die ordentliche Strafe Statt, oder „quando crimen plene probatum non est", der Beklagte aliquali tamen probatione indiciis et praesumptionibus gravirt iſt, dann iſt entweder eine extraordinaria poena zuläſſig, oder es findet Tortur Statt, oder der Angeklagte muß ſich eidlich reinigen. Letzteres findet Statt, wenn entweder die Indicien nicht hinlänglich zur Begründung der Folter ſind, oder wenn das angeſchuldigte Verbrechen zu den leichtern Delicten gehört. Da nun auch die Leiſtung des Reinigungseides, eben ſo wie das Ueberſtehen der Folter, die Wirkung äußert, daß der Angeklagte definitiv freigeſprochen werden muß, die Verweigerung deſſelben aber, bei leichtern Vergehen, die Verurtheilung und, bei ſchwereren Verbrechen, die Folter begründet [23]), ſo ergiebt ſich, daß es nach Carpzov's Theorie und nach der Praxis ſeiner Zeit gar nicht zu einer Losſprechung von der Inſtanz wegen mangelnden Beweiſes kommen konnte.

Auch Blumblacher gedenkt in ſeinem, viel Material enthaltenden Commentare [24]) zur peinl. Gerichtsord-

21) Carpzov. l. c. Qu. CVI. Nr. 95 seq. Qu. CVII. Nr. 58 seq.
22) l. c. Qu. CXVI. Nr. 50 seq.
23) Carpzov. l. c. Qu. CXVI. Nr. 77 seq.
24) Gedr. zu Salzburg 1670.

Digitized by Google

nung Art. 99 und 201. und überhaupt der absol. ab inst. mit keiner Sylbe. Dagegen beschreibt sie Clasenius in seinem Commentar zur P. G. O. ad art. 99. (ed. 1685), und Tobias Granz in seiner bekannten Defensio inquisitorum [25]) widmet ihr schon einen eigenen Abschnitt (de absolutione ab instantia et dimissione ad tempus), wobei er sagt: „Inter absolutionem et damnationem, veluti opposita, datur tamen aliquod *medium*, nempe *ratione intellectus et judicii dubitatio.* — — Et solet hoc casu ita pronuntiari: daß Inquisit gestalten Sachen nach in Mangelung anderer und mehrer Indicien von der Inquisition zu entbinden ꝛc."

Indem wir wegen der Schriftsteller und Landesgesetze des 18ten Jahrhunderts, in welchem die absolutio ab instantia schon entschieden im Gerichtsgebrauche anerkannt war, aber doch wegen des Gebrauchs der Tortur und des Reinigungseides weniger als heutiges Tages zur Anwendung kommen konnte, auf die fleißige Arbeit von Oppermann §. 15. verweisen und als Resultat der bisherigen Ausführung betrachten zu können glauben, daß auch in Deutschland die Absolutio ab instantia bei unvollständigem Beweise lediglich auf dem Gerichtsgebrauche beruhe und durch kein gemeinrechtliches Gesetz anerkannt sey, wird gerade deshalb die Frage von größerer Bedeutung, ob das Institut der Lossprechung von der Instanz wirklich auf Gründen des Rechts und der Criminal-Politik beruhe? [26]) und deshalb

25) Cap. VI. Membr. I. Sect. I. Gedr. Frankf. u. Leipz. 1702.

26) Verneint wird diese Frage schon von Matthaeus de crim. Lib. 48. Tit. 16. §. 16. und, und unter den Neuern, von Mittermaier, Handb. des peinl. Proz. II. S. 521. Deutsches Strafverf. II. §. 186. Scholz über die Entbindung v der Instanz bei Untersuchungssachen. Archiv des Criminalre

Digitized by Google

bei dem überall ſich kundgebenden Streben nach Reform des Criminalprozeſſes in den neu zu erlaſſenden Strafprozeß-Ordnungen beizubehalten ſey?

Was in den neuern Schriften, auf die wir uns hier im Ganzen beſchränken, für das Inſtitut der Absolutio ab instantia geſagt worden iſt, reducirt ſich im Weſentlichen auf Folgendes: Die Losſprechung von der Inſtanz, ſagt man, ſey vernunft- oder rechtmäßig, weil ſie den Zuſtand des Zweifels, welcher in dem Falle, wo weder Schuld noch Unſchuld klar vorliege, der Wahrheit gemäß ausſpreche. Der Richter würde gegen ſeine Ueberzeugung handeln, wenn er Denjenigen, über deſſen Schuld er zweifelt, für unſchuldig erklären wollte, und dadurch zugleich gegen die Wahrheit und das Geſetz, nach welchem ja ihn nur die wirkliche Ueberzeugung leiten ſolle [27]). Jedenfalls habe der Angeſchuldigte in einem ſolchen Falle kein Recht oder keinen Anſpruch darauf, für unſchuldig erklärt zu werden, und das räumten wohl ſelbſt die Gegner des Inſtitutes ein [28]). Der Streit über die Zuläſſigkeit der Losſprechung von der Inſtanz betreffe daher nur die Zweckmäßigkeit derſelben. Dieſelbe ſey aber gewiß zweckmäßig und ſelbſt nothwendig, weil, ſobald man nur eine vollkommene Losſprechung gelten laſſe, die Forderung, daß den Schuldigen immer die

1834. S. 896 ff. Siegen Juriſtiſche Abhandl. Göttingen 1834. S. 116 ff. — Für die absol. ab instantia haben ſich erklärt insbeſondere Bauer Lehrb. des Strafproz. §. 193. Oppermann in der angeführten Gött. Preisſchrift §. 5. 6. und in den, der Widerlegung der gegentheiligen Anſicht beſonders gewidmeten, hauptſächlich gegen Scholz und Siegen gerichteten Ephen 16—18. Roßhirt zwei criminaliſt. Abhandl. S. 75—78. Zuletzt auch Henke Handb. des Criminalrechts. Bd. IV. Berlin 1838. §. 114. S. 733 ff.

27) Oppermann l. c. §. 5.

28) Bauer a. a. O. §. 193. Not. b. Henke Handb. IV. S. 735.

Digitized by Google

Strafe treffen müsse, wegen Unzulässigkeit der Wiederaufnahme des Prozesses, gar zu sehr beeinträchtigt werde, während die Lossprechung von der Instanz den großen Nutzen gewähre, daß stets, bei neu sich ergebenden Verdachtsgründen, die Untersuchung, unter Mitbenutzung der frühern Verdachtsgründe, wieder eröffnet werden könne, wodurch denn doch noch eine Verurtheilung des wirklich schuldig Befundenen möglich werde [29]).

Allein so sehr wir auch das, insbesondere in unserm Inquisitionsprozesse, hervortretende Streben nach materieller Wahrheit ehren und achten und als die absolut nothwendige Grundlage des Strafverfahrens anerkennen, so können wir doch die daraus abgeleiteten, besonders in neuerer Zeit weit ausgedehnten Folgerungen, wie z. B. die gänzliche Verwerfung jeder Rechtskraft der Strafurtheile, nicht anerkennen. Das Streben nach materieller Wahrheit führt dann leicht zur Anerkennung materieller Ungerechtigkeiten, und zur Nichtachtung anderer feststehender Prinzipien des Strafprozesses, über die man sich, mit dem Schilde jenes, an sich löblichen, Strebens gedeckt, wegsetzen zu können glaubt. Dies scheint uns vorzüglich auch bei der Vertheidigung der absolutio ab instantia der Fall zu seyn. Allerdings soll den Schuldigen die verdiente Strafe treffen; allein da der Richter nicht allwissend ist, so muß er die Schuld erst ausmitteln durch Anstellung eines peinlichen Prozesses, und dieser Prozeß muß einmal wirklich zu Ende gehen, d. h. es muß der Stand der Anschuldigung entweder aufgehoben, oder in den Stand der wirklichen Schuld verwandelt werden. Die absolutio ab instantia befriedigt aber diese Forderung nicht; sie läßt theils die Sache ganz unentschieden, ist also kein Urtheil; theils perpetuirt sie

29) Oppermann l. c. §. 6.

Digitized by Google

den Stand der Anſchuldigung und kann mithin kein Enderkenntniß genannt werden; theils ſpricht ſie nicht wirklich los, ſondern verurtheilt den Angeklagten indirect zu lebenslänglicher Unterſuchung, ſobald der Richter irgend Stoff zur Fortſetzung derſelben erhalten werde. Sie ein bedingtes Schlußerkenntniß zu nennen, iſt ein Widerſpruch im Beiſatze!

Wenn man aber ſagt, der durch Indicien Gravirte habe doch kein Recht für unſchuldig erklärt zu werden, ſo läuft dies am Ende auf einen bloßen Wortſtreit hinaus. Man ſetze ſtatt unſchuldig: „nicht ſchuldig", was juriſtiſch das Nämliche iſt, ſo behaupten wir allerdings, der Angeſchuldigte, wenn er des Verbrechens nicht überwieſen iſt, hat das Recht, ſobald der Prozeß der Sache nach zur Entſcheidung kommen muß, für nicht ſchuldig erklärt zu werden, und der Richter braucht ſeiner Ueberzeugung nicht den mindeſten Zwang anzuthun, um auch für den, mit einigen Verdachtsgründen Belaſteten, dieſen Ausſpruch zu geben, da er eben nach den Geſetzen und der Natur der Sache zufolge über weiter Nichts zu entſcheiden hat, als über die Frage, ob der Angeklagte des Verbrechens wirklich ſchuldig ſey, oder nicht? Ein Drittes giebt es in der That nicht für den Richter, und kann es nicht geben, weil der Angeſchuldigte bis zur rechtskräftigen Verurtheilung, wie doch wohl Alle und auch die Vertheidiger der absolutio ab instantia zugeben, rechtlich als unſchuldig betrachtet werden muß, ohne daß man einer beſondern Präſumtion der Unſchuld bedürfte. Dies bringt auch der ganze Zweck des Strafprozeſſes mit ſich, welcher kein anderer iſt, als die, durch Ermittelung der Schuld bedingte, Anwendung des Strafgeſetzes möglich zu machen, an ſich aber nicht auch in die Ausmittelung, oder den Beweis der Unſchuld geſetzt werden kann. Dieſe bedarf an ſich gar keines Beweiſes

Digitized by Google

weises und nur mittelbar muß die Thätigkeit des Richters auch auf die dem Angeschuldigten günstigern Umstände gerichtet seyn, weil ohne dies nie von einer Gewißheit der Schuld die Rede seyn könnte.

Auch täuscht man sich selbst, wenn man von der Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Absolutio ab instantia spricht, und diese darin zu finden glaubt, daß sich der Staat dadurch seine Strafbefugniß reservire und daß außerdem zu viele Schuldige der verdienten Strafe entgehen würden, was zu gefährlich für die rechtliche Ordnung sey. Denn wie selten kommt wohl der Fall vor, — unter Hunderten gewiß nicht einer, — daß gegen den von der Instanz Losgesprochenen später neue Indicien erwachsen, wodurch es möglich wird, gegen ihn den Proceß fortzusetzen. Dies wird selbst von den Vertheidigern dieses Instituts zugegeben [30]), und wenn es wahr ist, so ist der Nutzen dieses Instituts wahrhaftig sehr gering und steht in einem großen Mißverhältniß mit den Nachtheilen, die es über Tausende von Angeschuldigten verhängt, während von einer Nothwendigkeit und einer durch sein Wegfallen für die Rechtsordnung entstehenden Gefahr in der That gar nicht die Rede seyn kann. Um so leidiger ist daher auch der Trost, den man dem blos von der Instanz Absolvirten mit auf den Weg geben kann, daß sie für ihn doch nur eine interimistische Belästigung mit sich führe. Denn vorausgesetzt, daß das Verfahren mit gehöriger Umsicht geleitet ist und die Untersuchung auch die vom Angeschuldigten vorgebrachten Vertheidigungsgründe sorgfältig berücksichtigte, so ist die Hoffnung, ein günstiger Umstand werde den Angeschuldigten noch in den Stand

30) So sagt z. B. Bauer Lehrb. des Strafproz. §. 193. Not. e. die stillschweigende negative Bedingung, daß keine neue Beweise der Schuld sich ergeben, gehe ganz gewöhnlich in Erfüllung.

Digitized by Google

ſetzen, die gegen ihn vorhandenen Verdachtsgründe ganz zu beſeitigen, eben ſo gering, wie die Ausſicht auf Vervollſtändigung des Unſchuldigungsbeweiſes, und während man auf der einen Seite zu der Ueberzeugung gelangt iſt, daß nichts mehr zu erforſchen ſey, läßt man auf der andern Seite die bloße Möglichkeit einer Vervollſtändigung des Beweiſes genügen, um — die Sache gar nicht zur Entſcheidung zu bringen.

So wird man, um der Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit in der Zukunft willen, von der man aber noch nicht weiß, auf welcher Seite ſie ſteht, ungerecht in der Gegenwart und läßt Uebel eintreten, oder, was daſſelbe iſt, fortdauern, die nur dem Namen nach von wirklicher Strafe verſchieden ſind! — Daß durch die Eröffnung der Criminal-Unterſuchung gegen eine beſtimmte Perſon Letztere gewiſſen Nachtheilen in Beziehung auf ihre bürgerliche Stellung, Fähigkeit zu öffentlichen Aemtern, Würden, Ausübung politiſcher und Corporationsrechte, proviſoriſch unterliegt, iſt eine nothwendige Folge des Standes der Anſchuldigung, welche der Staat nicht abwenden kann, und welche ſich durch die natürliche Erwägung rechtfertigt, daß, ſo lange die Ausſicht vorhanden iſt, den Angeſchuldigten eines Verbrechens zu überführen, er zur Ausübung vorzüglicher Ehrenrechte oder zur Verwaltung des, die größte Unbeſcholtenheit des Beamten erheiſchenden, Staatsdienſtes nicht zugelaſſen werden darf. Sobald indeß die Unterſuchung alle ihre Mittel erſchöpft und kein hinreichendes Ergebniß gegen den Angeſchuldigten geliefert hat, ſo wird der Staat ungerecht, wenn er nun durch das richterliche Urtheil jene Nachtheile ſanctionirt und ohne vollſtändigen Beweis der Schuld Uebel für perpetuirt erklärt, die, abgeſehen vom proviſoriſchen Zuſtande der Anſchuldigung, nur durch die Verurtheilung zu dauernden und ſelbſtverſchulde-

Digitized by Google

ten werden können. Möglich ist es freilich, daß diese Nachtheile häufig den wirklich Schuldigen treffen, und daß sie anderer Seits von manchen von der Instanz Losgesprochenen, vermöge ihrer individuellen Stellung in der bürgerlichen Gesellschaft, nicht empfunden werden. Allein wir wissen nie, wer der wirklich Schuldige sey, und anstatt den schönen Spruch zu befolgen: „Melius est nocentem impunitum relinquere, quam innocentem damnare", lassen wir den Unschuldigen mit dem Schuldigen leiden, und vergessen, daß bei der im Verhältniß zu frühern Zeiten viel größern Ausdehnung der politischen Rechte auf alle Klassen der bürgerlichen Gesellschaft die Zahl derjenigen, welche durch die Absolutio ab instantia wichtiger Rechte beraubt werden, die überwiegende geworden ist. Und welcher Mißbrauch kann mit den Anschuldigungen getrieben werden, wenn die Wirkungen derselben nicht durch die Lossprechung aufgehoben werden! Eine Denunciation und ein verdächtiges Zeugniß, oder sonst einige nicht schwer zu erzeugende Verdachtsgründe, genügen, — besonders in Zeiten politischen Parteikampfes, — um über einen tüchtigen Büreger-Repräsentanten und kräftigen, aber unbequemen, Volksvertreter eine Untersuchung zu verhängen, und er wird, wenn es ihm nicht möglich ist, seine völlige Unschuld zu beweisen, blos ab instantia absolvirt und verliert dadurch seine (passive) Wahlfähigkeit! Exempla sunt odiosa! Zwar ist der mögliche Mißbrauch, welchem eine Sache in der Hand des Böswilligen unterliegen kann, an sich kein Grund zu ihrer gänzlichen Verwerfung; allein er wird von großer Bedeutung, sobald die Sache an sich nicht gerechtfertigt erscheint. — Man überlasse es doch dem, Gottlob in Deutschland noch gesunden, Sinne des Volkes und der Meinung der Vernünftigen und Verständigen, deren Urtheile auch der große Haufe unwillkührlich folgt, die

Digitized by Google

Würdigkeit desjenigen, dem sie ihr Vertrauen schenken wollen, zu beurtheilen! Eine Meinung über Ehre und gebührende Achtung läßt sich überhaupt nicht erzwingen! Derjenige, welchen die öffentliche Stimme verurtheilt, obgleich ihn der Richter in Ermangelung hinreichenden Beweises freisprechen mußte, wird den Folgen davon in der Meinung seiner Mitbürger nicht entgehen; derjenige aber, welchen man des angeschuldigten Vergehens für unfähig hält, wird, wenn das Gesetz ihn dennoch des Vertrauens für unwürdig erklärt, als ein Opfer der Ungerechtigkeit betrachtet werden! —

Noch schlimmer steht aber die Sache da, wo (das gemeine Recht trifft dieser Vorwurf nicht) der von der Instanz Entlassene durch diese unvollkommne Lossprechung, ohne Unterschied, ob er als ein der öffentlichen Sicherheit besonders gefährliches Individuum erscheint oder nicht [31]), selbst nicht einmal aus der gefänglichen Haft entlassen wird, wenn er nicht eine (in den meisten Fällen unmögliche) Caution stellt. Besonders hart sind in dieser Beziehung die Bestimmungen des Baierischen Strafgesetzbuches II. Art. 390 — 394: „Der von der Instanz Entlassene ist nicht eher der Haft zu entledigen, bevor nicht derselbe hinreichende Sicherheit geleistet hat [32]), daß

31) Diese Rücksicht wenigstens nimmt der Hannov. Entw. der Crim. Proz. Ordnung Art. 277. 278. Hiernach kann zwar auch die Verhaftung des von der Instanz Losgesprochenen fortdauern, jedoch nur dann, wenn ihn das Gericht für einen dem Gemeinwesen besonders gefährlichen Menschen hält. Das Gericht soll deshalb sogleich an das Ministerium berichten und dabei Vorschläge machen, wie die von dem Verdächtigen zu befürchtende Gefahr, ohne zu große Härte für denselben, durch polizeiliche Maßregeln entfernt werden könne. Dieselbe Vorschrift enthält schon die Verordnung vom 25. März 1822. Art. 7. über die Verurtheilung auf Indizien. S. auch Mecklenburg. Crim. Ord. §. 79.

32) Nach Art. 137. muß die Caution mindestens auf die Summe von 200 Fl. geleistet werden. — Vergl. oben den Bericht von Clarus.

Digitized by Google

er sich auf Erfordern jedesmal vor Gericht stellen und den ihm zum Aufenthaltsort angewiesenen Bezirk ohne Vorwissen des Gerichts nicht verlassen wolle. Ist er solche Sicherheit zu leisten nicht im Stande, so wird er unter die besondere Aufsicht der Polizei seines Wohnorts gestellt, nach den in dem Polizei-Strafgesetzbuche darüber enthaltenen Bestimmungen." Art. 391: „Wenn jedoch das untersuchte Verbrechen von der Art ist, daß der Angeschuldigte im Falle der Ueberweisung zu zwanzigjähriger Zuchthaus- oder zu noch schwererer Strafe verurtheilt werden könnte; so darf derselbe nicht eher, als nach geleisteter Sicherheit der Haft entlassen werden, und ist bis dahin in einem öffentlichen Arbeitshause zu verwahren. Auch ist ein solcher, der geleisteten Sicherheit ungeachtet, besonderer polizeilicher Aufsicht unterworfen." Um indessen die Härte einiger Maßen zu mildern, hat das Gesetz (Art. 392. 393.) die Dauer der nachtheiligen Folgen der Entlassung von der Instanz auf den Zeitraum von fünf und resp. zwei Jahren beschränkt, jedoch zugleich (Art. 394.) die Zulässigkeit einer Verlängerung der polizeilichen Aufsicht ausgesprochen. Bei Staatsbeamten hat die bloße Entlassung von der Instanz noch außerdem die nachtheilige Folge, daß die mit der Special-Inquisition eingetretene Suspension vom Amte und Dienstgehalte so lange fortdauert, bis nach wieder aufgenommener Untersuchung ein völlig lossprechendes Erkenntniß erfolgt ist. Erwägt man nun, daß nach Baierischem Strafgesetzbuche die härteste Vergehensstrafe nicht über zweijähriges Gefängniß beträgt und bei Beamten nur in Degradation oder Dienstentlassung bestehen kann, so ergiebt sich das unerfreuliche Resultat, daß die Folgen der Entlassung von der Instanz drückender seyn können, als die schwerste Vergehensstrafe.

Digitized by Google

Unter den neuern Schriftstellern über die Absolutio ab instantia hat Scholz [33]) den Vorschlag gemacht, daß der Richter, wenn er blos von der Instanz lossprechе, zugleich im Urtheile eine Zeit bestimmen solle, nach deren Ablauf der Angeschuldigte auf eine völlige Lossprechung Anspruch habe, wenn sich bis dahin keine neuen Beweise gegen ihn ergeben hätten. Dieser Vorschlag verdient wenigstens da, wo es sich de lege ferenda handelt, ernstliche Erwägung, wenn man nun einmal nicht von der Lossprechung von der Instanz sich sollte trennen können, und man kann ihm auch nicht entgegensetzen, daß der Anschuldigungsbeweis an keine Frist gebunden werden könne [34]), da jedenfalls im Institute der Verjährung schon eine Analogie dafür vorliegt. Auch kennt ja das gemeine Recht jedenfalls im Anklageprozeß eine zerstörliche Beweisfrist [35]); und es ist in der That kein hinreichender Grund einzusehen, warum nicht auch im Inquisitionsprozesse aus nothwendiger Berücksichtigung der eben so möglichen Unschuld und um den Anschuldigungen ein Ziel zu setzen, eine ähnliche Bestimmung getroffen werden könnte.

Ohne uns auf andere Inconvenienzen und Widersprüche einzulassen, in die man in Praxi bei der Anwendung der Absolutio ab instantia verfällt [36]), indem man z. B. bei derselben Handlung, welche ein schwereres und geringeres Verbrechen seyn kann, auf

---

33) Im Archive des Criminalrechts Jahrg. 1834. S. 414.

34) Bauer Strafproz. §. 193. Not. g. Vergl. auch Henke Handb. IV. S. 787. der zwar nicht hinsichtlich der Wiederaufnahme der Untersuchung, aber doch in Beziehung auf die sonstigen nachtheiligen Folgen der Entbindung von der Instanz eine Beschränkung auf eine bestimmte Zeit für zulässig hält.

35) L. 18. D. de accusat. (XLVIII. 2.). P. G. O. Art. 12.

36) Vergl. Mittermaier die Lehre vom Beweise S. 476.

Digitized by Google

der einen Seite wegen vorhandener Wahrscheinlichkeit des Ersteren nur von der Instanz absolvirt, aber doch die, damit im Widerspruch stehende, Gewißheit des geringern Verbrechens annimmt und den Angeschuldigten in die demselben gedrohte Strafe verurtheilt, — wiederholen wir nur noch die schon an einem andern Orte gestellte Forderung[37]), daß, so lange man das mit so nachtheiligen Folgen begleitete Institut der Entbindung von der Instanz nicht aufgiebt, auch der, allerdings gegründeten Bedenken unterliegende, Reinigungseid nicht entbehrt werden könne, damit wenigstens auf diesem Wege der bisher als unbescholten und rechtlich bekannte Mann ein Mittel behalte, den auf ihm lastenden Verdacht zu beseitigen!

Ueber die Zulässigkeit von Sicherungsmaßregeln gegen ein des Verbrechens verdächtiges aber nicht überwiesenes Individuum sprechen wir vielleicht in einer der nächsten Abhandlungen.

---

37) Vergl. meine Grundlinien des Crim.-Proz. S. §41. S. auch Abegg histor. prakt. Erörter. S. 148. Heffter im N. Archiv des Criminalrechts Bd. XIV. S. 51.

Digitized by Google

XIX.

Erörterung der Lehre von der Begünstigung der Verbrechen

unter Berücksichtigung des würtembergischen und badischen Strafgesetz-Entwurfs, so wie des unterdessen erschienenen k. sächsischen Strafgesetzes.

Von

Herrn Hofgerichtsrath A. Sander

in Rastatt.

(Beschluß des Aufsatzes Nr. XII. im vorigen Hefte.).

§. 10. Strafe der Begünstigung.

Wenn man das sächsische Gesetz mit seinem Maximum der Strafe der Begünstigung von zehn Jahren Zuchthaus 1sten Grades dem Maximum der Strafe des badischen Entwurfs von einem Jahr Kreisgefängniß gegenüberstellt, so ersieht man alsbald, daß man über das Maaß der Strafe der Begünstigung noch lange nicht einig ist, indem sonst eine solche ungeheure Strafverschiedenheit nicht entstehen könnte. Man baut zwar in neuerer Zeit das Strafrecht auf das Princip der Gerechtigkeit, und gewinnt dadurch jedenfalls für die Masse Jener, die da glauben, den Vortheil, daß man die concreten Strafen als auf das absolut richtige Princip der Gerechtigkeit gebaut als selbst gerecht ausgiebt. Allein mir hat diese Begründung des

Digitized by Google

Strafrechts nie recht einleuchten wollen. Die Strafe als solche soll gerecht seyn, die Gerechtigkeit der Strafe ist also ein nothwendiges Attribut der Strafe, und dieses Attribut kann die Strafe nicht selbst begründen und schaffen. Wenn man freilich die Gerechtigkeitstheorie in dem Sinne versteht, wie neulich Trefurt in seinen Beiträgen zur Kritik des badischen Entwurfs (Archiv 1838. S. 427. Note) ausführt; wenn sich die Strafe um kein concretes Verhältniß bekümmern soll, sondern nur dazu da ist, um das Recht in abstracto, in seiner Wirklichkeit oder Wirksamkeit zu schützen und zu erhalten: so mag man dieses in der Beziehung zugeben, daß dadurch die Strafe in der Idee, ebenfalls in abstracto, begründet werden kann. Gleichwie das Verbrechen aber eine äußere Erscheinung der Sinnenwelt ist, so muß auch die Strafe eine äußere Erscheinung der Sinnenwelt seyn, und in dieser Beziehung erfaßt sie als Folge des Verbrechens die äußern d. h. die concreten Erscheinungen des Verbrechens in der Weise, daß dadurch auch ihre eigene äußere d. h. concrete Erscheinung ihrer Art und ihres Maaßes und zwar nothwendig bedungen wird. Denn wollte man annehmen, daß die Strafe sich nur um das Recht in abstracto zu bekümmern hätte, so ist dieses Recht in abstracto nur eines und ebendasselbe. Das Recht auf das Leben ist in abstracto das gleiche, wie das auf die Gesundheit oder das Vermögen, und um dieses eine und ebendasselbe Recht zu schützen genügt eine und ebendieselbe Strafe, indem doch wohl aus dem Schutze eines und ebendesselben Rechts auch nur eine Strafe die rechtlich begründete ist. Damit wäre aber nichts gewonnen. Mit einer und ebenderselben Strafe ist nicht auszureichen. Das bedarf wohl keines Beweises; und eben weil die Strafe nicht überall eine und ebendieselbe seyn kann, sondern eine verschiedenartige äußere Erscheinung haben muß, eben deßhalb muß

Digitized by Google

sie auch um verschiedenartige äußere Erscheinungen sich bekümmern, welche sich auf nichts Anderes zurückführen lassen, als auf die Art und Weise des Verbrechens, also auf die concrete Rechtsverletzung und auf die Subjectivität des Verbrechers. Die sich absolut nennende Gerechtigkeitstheorie des Strafrechts ist auch am Ende nichts mehr und nichts weniger als die Erkenntniß, daß die Strafe eine nothwendige Folge des Verbrechens ist und seyn muß, weßhalb man das Strafrecht ebensowohl auf die Regel der in der Schöpfung überall zu Tage gehenden Gegensätze bauen kann, welche sich negirend entgegentreten.

Davon ausgegangen, so wird man wohl berechtigt seyn, die Begünstigung des Verbrechens zum Zweck der Vereitelung der Bestrafung des Verbrechers oder zum Zweck selbst aus den Erfolgen des Verbrechens durch eine äußere Handlung einen Vortheil zu ziehen, als etwas in sich Böses und als eine äußerlich strafbare Handlung anzusehen. Da nun der Begünstiger zum Bestand und zur Erscheinung des Hauptverbrechens nichts beigetragen hat, seine Handlung jedoch einen nothwendigen Bezug auf den Verbrecher oder das Verbrechen hat, so wird man bei Ausmessung der Strafe der Begünstigung allerdings und hauptsächlich auf das Hauptverbrechen und seine Strafe in der Weise Rücksicht nehmen müssen, daß nach der Kenntniß, welche der Begünstiger von dem Hauptverbrechen hatte, das Strafmaaß seiner Begünstigungshandlung zu regeln ist. Dieses Strafmaaß wird aber in der Berücksichtigung, daß der Begünstiger kein ganz selbstständiges Verbrechen begeht, auch in seinem Maximum kein hohes seyn dürfen, so daß die vom sächsischen Gesetz gedrohte 10jährige Zuchthausstrafe offenbar eine viel zu hohe Strafe ist. Ja, es sollte nirgends auf die Begünstigung eine peinliche mit Ehrenberaubung verknüpfte Strafe gesetzt seyn, und die vom badischen Entwurf als Maximum festgesetzte Ge-

Digitized by Google

fängnißstrafe von einem Jahr scheint hinlänglich zu seyn, denn wenn man auch die zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung eines Verbrechers eingetretene Begünstigung als eine Art von selbstständigem Verbrechen der Auflehnung gegen die öffentliche Gewalt betrachten wollte, so ist sie doch deßhalb als eine geringe Auflehnung zu betrachten, weil der Verbrecher noch nicht in den Händen der öffentlichen Gewalt ist, oder weil die etwa vertilgten Spuren des Verbrechens noch nicht vom Gericht erhoben sind, also noch nicht unter seiner Verfügung stehen. Nun ist aber die doch gewiß strafbarere Befreiung eines Gefangenen überall nur mit nicht entehrenden Gefängnißstrafen belegt; die nur zum Zweck der Theilnahme an den Vortheilen des Verbrechens eingetretene Begünstigung ist aber, da sie zum Verbrechen an und für sich als vollendete Thatsache nichts beiträgt, nicht strafbarer, als die ein wirkliches Recht nämlich das Recht des Staats auf Bestrafung der Verbrecher vereitelnde Begünstigung, und so wird jedenfalls unter dem Strafmaaß der Befreiung der Gefangenen geblieben werden müssen. Es ist daher auch wirklich unerklärlich, wie das sächsische Gesetz im Art. 109. der noch dazu gar gewaltthätigen Befreiung eines Gefangenen das Maximum einer zweijährigen Arbeitshausstrafe, und der zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung unternommenen Begünstigung ein Maximum von 10 Jahren Zuchthaus androhen konnte.

Als einzigen Maaßstab des richterlichen Ermessens der Strafe der Begünstigung haben die Gesetze die Art des Hauptverbrechens vorgeschrieben; allein sie haben die Unzulänglichkeit dieses Maaßstabes selbst damit anerkannt, daß sie die zum alleinigen persönlichen Schutz eines Verbrechers unternommene Begünstigung bei gewissen Personen als straflos erklären, demnach die zur Befriedigung des Eigennutzes unternommene Begünstigung, weil sie nie-

Digitized by Google

gends straflos bleiben soll, strafbarer erachten. Dieses ist auch sehr gegründet. Die zum alleinigen persönlichen Schutz geschehene Begünstigung eines Verbrechers beruht meistens auf persönlichen Rücksichten zu ihm. Mitleiden mit ihm, Bekanntschaft, Furcht sind nicht selten die Gründe dieser Begünstigung, und als solche sind sie weniger strafbare Triebfedern als Eigennutz. Allein eben weil sie als Triebfedern der Begünstigung weniger strafbar sind, so müssen sie auch als solche ausgezeichnet werden, und wenn nun die oft angeführten Gesetze die überhaupt zum alleinigen persönlichen Schutz geschehene Begünstigung bei gewissen Personen ohne einen Gegensatz straflos lassen, so ergreifen sie unter dieser auf den Zweck gerichteten Strafloſigkeit auch die Fälle, wo man gegen Bezahlung einen Verbrecher in der Art begünstigt, daß man nur seiner Person Schutz gewährt, was aber nicht straflos bleiben sollte; denn nicht das ist der eigentliche Grund der geringern Strafbarkeit, daß die Begünstigung nur auf den persönlichen Schutz des Verbrechers gerichtet ist, sondern das ist er, daß er nur aus persönlichen Rücksichten für den Verbrecher eingetreten ist, und nicht aus Eigennutz. Diese beiden einander gegenüber gestellten Triebfedern sollten alsdann ein verschiedenes Maximum der Strafe in der Art mit sich führen, daß das Maximum der Begünstigung aus persönlichen Rücksichten nur die Hälfte der Begünstigungsstrafe aus Eigennutz wäre, und daß für die erstere Begünstigung auch Geldstrafe, für die letztere aber überall Gefängnißstrafe eintreten würde. So wie man aber den Eigennutz als einen Maaßstab des richterlichen Ermessens aufstellt, so wird man auch die Größe des bezogenen Vortheils als einen weitern Maaßstab aufstellen müssen, der hauptsächlich da von Einfluß ist, wo die Begünstigung gerade nur in der eigenen Theilnahme an den Vortheilen des Verbrechens besteht, oder nur auf die

Digitized by Google

Sicherung des Vortheils aus dem Verbrechen für den Verbrecher gerichtet ist. Bei eng verbundenen Personen kommt es aber auch vor, daß die aus persönlichen Rücksichten eingetretene Begünstigung ihrer Natur nach auch einen Vortheil für den Begünstiger mit sich führt. Wenn der Ehemann Eßwaaren, Zeug zu Kleidungsstücken stiehlt, so wird die von der Ehefrau geschehene Begünstigung durch Verheimlichung, Verwerthung, Verzehrung der Waaren auch einen Vortheil für sie enthalten, den sie gar nicht abwenden kann. Das Gleiche tritt zwischen Eltern und Kindern ein, und deßhalb wird man, wie auch z. B. im sächsischen Gesetz Art. 239. geschieht, unter diesen Personen die in dieser Hinsicht dem Begünstiger vortheilhafte Begünstigung straflos lassen müssen, weil ihre Begünstigung hinsichtlich des persönlichen Schutzes und hinsichtlich des Vortheils unzertrennlich ist, und bei ihrer engen Verbindung nicht umgangen werden kann, wenn man ihnen nicht eine Anzeige des Verbrechens zur Pflicht machen will, die doch gerade bei ihnen ohne alle Strafe unterlassen werden kann. Allerdings wird auch unter andern nahen verwandten Personen eine aus persönlichen Rücksichten für den Thäter unternommene Begünstigung häufig einen Vortheil für den Begünstiger aus seiner Handlung enthalten, allein er kann sich immerhin die Hand rein von jedem eigenen Vortheil aus der That erhalten, er kann selbst dann, wenn er z. B. die aus dem Verbrechen gewonnenen Sachen verbirgt, solche nur als Spuren des Verbrechens zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung verbergen, ohne daran selbst einen Theil zu nehmen, und eben weil er dieses kann, so kann er auch nur da eine Strafloſigkeit ansprechen, wo er sich darauf beschränkte, das Verbrechen eines ihm nahe verwandten Thäters selbst in seinem Erfolg und Vortheil für den Thäter nur zu verheimlichen und zu verbergen, ohne an den Vortheilen selbst Theil zu nehmen, oder sich seine Hand-

Digitized by Google

lung bezahlen zu lassen. Für die übrigens immerhin seltenen Fälle, wo die Begünstigung aus Rachsucht gegen den durch das Verbrechen Beschädigten geschieht, damit diesem der Schaden aus dem Verbrechen auch zugeht, versteht es sich von selbst, daß dieses Motiv dem des Eigennutzes gleichsteht, und um es so wie überhaupt andere noch denkbare rechtswidrige Motive der Begünstigung zu erfassen, wird man sich wohl des Ausdrucks aus Eigennutz oder sonst böslicher Weise bedienen können. Durch das entgegengesetzte weniger strafbare Motiv der Begünstigung aus alleinigen persönlichen Rücksichten auf den Thäter wird das gerechte richterliche Ermessen der Strafe der Begünstigung vollständig und sicher bestimmt.

Unter diesen Voraussetzungen könnten die auf die Strafe der Begünstigung sich beziehenden Sätze so gefaßt werden: Die Begünstigung wird unter allgemeiner Rücksicht auf die Kenntniß des Thäters von der Größe und Beschaffenheit des Hauptverbrechens von Geldstrafe oder Gefängnißstrafe bis zu sechs Monaten dann getroffen, wenn sie aus alleinigen persönlichen Rücksichten für den Hauptthäter geschah. Geschah sie aber aus Eigennutz oder sonst böslicher Weise, so wird sie unter weiterer Berücksichtigung des aus der Begünstigung bezogenen Vortheils von Gefängnißstrafe bis zu einem Jahr getroffen.

Die Begünstigung unter Ehegatten oder unter Eltern und Kindern ist, so lange sie nicht gewerbsmäßig getrieben wird, straflos. Die Begünstigung unter Verschwägerten in auf- oder absteigender Linie, unter Geschwistern und Verschwägerten desselben

Digitized by Google

Grades, Adoptiveltern und Adoptivkindern, Pflegeltern und Pflegkindern, Vormünder und Mündel des Hauptschuldigen ist gleichfalls straflos, wenn die Begünstigung aus alleinigen persönlichen Rücksichten für den Hauptschuldigen geschah.

Von diesen Bestimmungen sind die Fälle der Begünstigung ausgenommen, welche durch die Gesetze mit besonderer Strafe bedroht sind.

§. 11. Begriff der Diebshehlerei, der gewerbmäßigen Begünstigung.

Die Erfahrung aller Zeiten und aller Völker zeigt, daß bei dem Verbrechen des Diebstahls eine Klasse von Mitschuldigen erscheint, welche die durch den Diebstahl gewonnenen Sachen von dem Dieb ankaufen, solche begreiflicherweise bei weitem unter ihrem wahren Werth erwerben, und so sich einen Vortheil verschaffen, der ein unerlaubter und strafbarer ist, weil ihnen die Eigenschaft der erworbenen Sache als einer gestohlenen wohl bekannt ist. Diese Erfahrung ist eine allgemeine, deßhalb auch in die Sprache der Völker übergegangene, welche die Klasse überall mit besondern Namen, im Deutschen des Hehlers benennt, und sie konnte daher von den Gesetzen nicht übergangen werden. Sie ist es auch nicht, nur herrscht unter den hier erwähnten Gesetzen in der Art und Weise der Erwähnung der Hehlerei noch keine Sicherheit und Bestimmtheit.

Das sächsische Gesetz spricht im Art. 38. ohne weitern Bezug auf ein besonderes Vergehen von der Begünstigung im Allgemeinen, und erwähnt im Art. 239. in Beziehung auf Verbrechen gegen das Eigenthum einer Parthiererei und Hehlerei, welche es als Begünstigung nach

Digitized by Google

dem allgemeinen Art. 46, und wenn daraus ein Gewerbe gemacht wird, nach den im Schluß des Art. 289. angeführten Bestimmungen gewissermaßen härter straft.

Das würtembergische Gesetz spricht im Art. 83—84. von der Begünstigung im Allgemeinen. Im Art. 85. erwähnt es einer gewerbsmäßigen Begünstigung, und im Art. 324. ertheilt es als Schlußsatz des Abschnitts von dem Diebstahl Bestimmungen über die Bestrafung des Diebshehlers, wobei es sich hinsichtlich des gewerbsmäßigen Betriebs auf den Art. 85. über gewerbsmäßige Begünstigung zurückbezieht.

Der badische Entwurf endlich handelt im §. 120. 121. die Begünstigung im Allgemeinen ab, und spricht im §. 122. von der gewerbsmäßigen Begünstigung, ohne bei dem Diebstahl auf die Hehlerei als eine besondere Erscheinung desselben zurückzukommen.

Betrachtet man nun die Begünstigung von Verbrechen in ihrem allgemeinen Begriff, so ist schon oben dargethan, daß sie zwar eine besondere, nicht zur Theilnahme am Hauptverbrechen gehörige verbrecherische Handlung ist, daß sie aber auch keinen selbstständigen Charakter eines eigenthümlichen Verbrechens hat, sondern in einem unmittelbaren Bezug auf ein Hauptverbrechen stehend die Natur eines Nebenverbrechens in sich trägt, welche sich hauptsächlich darin gegen die bloße Theilnahme an einem Verbrechen auszeichnet, daß sie in nichts zum Zustandekommen des Hauptverbrechens beigetragen, und insbesondere nicht die Entstehung und Beschließung des Hauptverbrechens befördert hat. Deßhalb wird auch der seine Begünstigungshandlung vor Vollführung des Verbrechens Zusagende ohne Zweifel als Gehülfe betrachtet, obschon die erst nach Vollendung des Verbrechens eintretende Begünstigung zur Vollführung des Verbrechens selbst nichts beigetragen hat. Man nimmt mit Recht an, daß der

Haupt-

Digitized by Google

Hauptverbrecher, der sich eines Schutzes und einer Hülfe nach der Vollführung des Verbrechens versichert hatte, dadurch in seinem verbrecherischen Entschluß bestärkt wurde. Es ist nun keinem Zweifel unterworfen, daß derjenige, welcher eine gestohlene Sache in Kenntniß des Diebstahls heimlich ankauft, solche verbirgt, und an ferne Orte verweiset, zumal dann als Begünstiger zu strafen ist, wenn er alles dieses zur Befriedigung seines Eigennutzes thut. Stellen wir uns aber die Wiederholung dieser Begünstigungshandlung in mehrern Fällen gegen den nämlichen Dieb vor; nehmen wir an, daß der Begünstiger diese Handlung auch gegen andere Diebe vornimmt, so wird man auch anzunehmen haben, daß durch die Gewißheit des Diebes, es werde ihm die gestohlene Sache von einem Andern in der Weise abgekauft, daß auch der Käufer seinen Kauf und somit den Diebstahl verheimlicht, der Dieb in seiner künftigen verbrecherischen Entschließung bestärkt, und somit der künftige Diebstahl selbst hervorgerufen und befördert wird. Es mag seyn, daß der Käufer der gestohlenen Sache den Ankauf dem Dieb nicht ausdrücklich zugesagt hat, allein er hat durch seine mehrmalige ohne Anstand vorgenommene Ankäufe dem Dieb die sichere Hoffnung des wiederholten Ankaufs gegeben und damit ihn zur Wiederholung des Diebstahls gereizt. Es hat sich dadurch zwischen beiden eine stillschweigende Uebereinkunft zur Entwendung und zum Ankauf der entwendeten Sachen gebildet, wodurch der Ankäufer über die Grenze der Begünstigung, welche nichts zur Entstehung des Hauptverbrechens beitragen darf, hinaustritt, und womit der Ankäufer für die von ihm begünstigte und beförderte Entschließung zu Diebstählen selbst verantwortlich wird. Sowie es daher sicher ist, daß bei dieser Handlungsweise der Ankäufer kein bloßer Begünstiger ist, so kann er auch nicht als bloßer Gehülfe betrachtet werden, weil dieser im-

Digitized by Google

mer ein besonderes Verbrechen und eine besondere auf seine Begehung und Erleichterung gerichtete Handlung voraussetzt, welche hier nicht vorliegt, indem der habituelle Ankäufer von den einzelnen Diebstählen als solchen sehr leicht gar nichts wissen kann, und die in seinem Ankauf liegende Erleichterung des Diebes nicht darin liegt, daß er gerade diesen oder jenen Diebstahl begehen kann, sondern daß er überhaupt stehlen und das Gestohlene sicher bei dem habituellen Ankäufer verwerthen kann. In der Aufmunterung zu Diebstählen überhaupt, in der dadurch erreichten Befriedigung des Eigennutzes, daß man die gestohlene Sache unter dem wahren Werth ankauft, in der damit nothwendig gewordenen Verheimlichung und Verbergung des Diebstahls und der gestohlenen Sachen liegt aber eine und zwar nicht geringe strafbare Handlungsweise, und wenn nun diese Handlungsweise nicht als Begünstigung und nicht als Beihülfe des Hauptverbrechens zu betrachten ist, so bleibt nichts übrig, als sie wie ein ganz selbstständiges Vergehen zu behandeln und als solches zu bestrafen. Daß dieses ganz wohl geschehen kann, dafür hat man einen analogen Fall in dem Verbrechen der Kuppelei. Dieses Vergehen bezieht sich gleichfalls auf eine ganze Klasse von Verbrechen, auf die Unzuchtsverbrechen, gleichwie sich die Hehlerei auf die Klasse der Verbrechen gegen das Eigenthum bezieht. Auch der Kuppler hilft nicht sowohl zur Begehung des einzelnen Unzuchtsvergehens, sondern begünstigt ihr Geschehen ganz allgemein und ohne sich um die Einzelnheiten zu bekümmern. Auch er thut dieses hauptsächlich zur Befriedigung seines Eigennutzes. Auch bei ihm tritt gewerbsmäßiger Betrieb seines schmutzigen Geschäfts ein, und ihm sollte man daher bei den Vergehen gegen das Eigenthum den Hehler in der Art gegenüber stellen, daß bei der in sich ähnlichen Handlungsweise des Kupplers und Hehlers, die nur in der verschiedenen Rich-

Digitized by Google

tung auf die Vergehen gegen die Sittlichkeit und gegen das Eigenthum eine verschiedene Form erhält, beide selbstständige Vergehen sich in ihrem Begriff und ihrem Thatbestand ergänzen. Der badische Entwurf beschreibt nun meines Erachtens sehr richtig die Kuppelei im §. 299. folgendermaßen: Wer die Unzucht Anderer gewerbsmäßig befördert oder erleichtert, sey es durch Gewährung von Aufenthalt, oder durch Zuführen oder andere Vermittelung. Und dieser Beschreibung der Kuppelei könnte und sollte man die Hehlerei möglichst anschließen. Zwei Hauptrichtungen der äußern Form der Handlung sind es nämlich, innerhalb deren sich die Hehlerei bewegt: die Gestattung von Unterkunft für den Verbrecher und der Ankauf der gestohlenen Sachen, und beide werden daher ganz zweckmäßig der Gewährung der Gelegenheit oder dem Zuführen bei der Kuppelei gegenüber zu stellen seyn. Das gemeinschaftliche Hauptmerkmal der Kuppelei und der Hehlerei besteht aber gegenüber der einzelnen Begünstigung oder Beihülfe in dem gewerbsmäßigen Betrieb, den bei der Discussion des würtembergischen Entwurfs mein höchst ehrenwerther Freund der Abgeordnete Schott ganz richtig damit erklärte, daß man darunter jene Handlungsweise zu verstehen habe, welche sich Leute in Beziehung auf das fragliche Vergehen zum gewinnbringenden Geschäft machen, und dieses gewerbsmäßigen Betriebs muß daher gleichfalls Erwähnung geschehen. Da jedoch außer der obenerwähnten Hauptform der Handlung der Hehlerei, die in der Unterkunftsgestattung des Verbrechers und in dem Ankauf der entwendeten Sachen, die man übrigens allgemeiner durch das Wort Ansichbringung der Sachen bezeichnen kann, noch mannigfache andere Formen und hauptsächlich deßhalb hier vorkommen, weil die Hehlerei häufig in das Gebiet der Beihülfe überspielt, so wird man noch eine weitere Bezeichnung der

Digitized by Google

Handlungsweise des Hehlers beiziehen müssen, wozu man das im badischen Entwurf sehr treffend gebrauchte Wort — oder andere Vermittelung — benutzen kann, weil der Hehler wie der Kuppler hauptsächlich als der Vermittler des Verbrechens in der Art erscheint, daß er dem Verbrecher sowohl die Gelegenheit zur Begehung des Verbrechens durch Unterkunftsgestattung als auch dem Vortheil daraus durch Ankauf des Entwendeten vermittelt. Aber gerade deßhalb, weil die Kuppelei wie die Hehlerei eher zur wirklichen Beihülfe als zur bloßen Begünstigung gehört, und weil es für die Strafgerechtigkeitspflege zur wirksamen Bestrafung der äußerst verderblichen Hehlerei von Interesse ist, unter den Begriff der Hehlerei auch den die Beihülfe zu Diebstählen gewerbsmäßig Betreibenden zu bringen, wird man sich des Ausdrucks Begünstigung enthalten, und mit dem badischen Entwurf sich des Worts Beförderung und Erleichterung bedienen müssen, indem man sonst die Hehlerei nur unter den Begriff der Begünstigung stellt, und alsdann da, wo nicht nur Begünstigung, sondern selbst eine wirkliche Beihülfe vorliegt, deßhalb den Hehler nur als einen Gehülfen des einzelnen Verbrechens des Diebstahls straft, bei welchem die Hehlerei zu Tage gegangen ist, weil bei dem Ausdruck gewerbsmäßige Begünstigung der gewerbsmäßige Betrieb der hier vorgekommenen Beförderung eines Verbrechens sich nur auf die Begünstigung, nicht aber auch auf die Beihülfe beziehen würde. Wenn man überhaupt bedenkt, daß jede Begünstigung als ihr Hauptunterscheidungsmerkmal von der Beihülfe den Umstand besitzt, daß sie erst nach Vollendung des Hauptverbrechens geschehen und entstanden ist; wenn man nicht aus den Augen läßt, daß jede Zusage einer Begünstigung vor oder bei Begehung des Hauptverbrechens eine wirkliche Beihülfe ist: so wird man auch eigentlich gar nicht von einer gewerbsmäßigen Be-

Digitized by Google

günstigung sprechen können, weil gerade in ihrem gewerbsmäßigen Betrieb ihre vorausgehende stillschweigende jedoch unzweifelhafte Zusage gegen den Hauptverbrecher liegt, und daher überall eine und zwar gewerbsmäßig getriebene Beihülfe als eine wirkliche Begünstigung ist. Zur Bezeichnung des Begriffs und des Thatbestandes der Hehlerei wird jedoch das Motiv des Eigennutzes nicht beizusetzen seyn, weil solches in der Gewerbsmäßigkeit liegt, und eine nähere Beschreibung dieses Begriffs der Gewerbsmäßigkeit wird nicht nöthig und eher bedenklich seyn, weil dieser Begriff zu sehr von den Einzelnheiten des Falles abhängt, und eine nähere Beschreibung alsdann leicht Fälle ausschließen kann, bei denen die näher aufgestellten einzelnen Formen fehlen, und bei denen alsdann der Richter am Buchstaben klebend einen Mangel des objectiven Thatbestandes annimmt, obgleich die Hehlerei im Ganzen vorhanden ist. Solche Begriffe machen sich am besten und sichersten durch die Praxis und durch das vernünftige richterliche Ermessen.

Unter diesen Voraussetzungen würde die Hehlerei dahin bestimmt werden:

Wer die Verbrechen Anderer gegen das Eigenthum gewerbsmäßig befördert oder erleichtert, sey es durch Gestattung von Aufenthalt für den Verbrecher oder durch Aufbewahrung des durch das Verbrechen gewonnenen Gegenstände, oder andere Weise, macht sich des Verbrechens der Hehlerei schuldig.

§. 11. Strafe der Hehlerei.

Die drei Gesetze, welche dieser Abhandlung unterliegen, strafen die Hehlerei als gewerbsmäßige Begünstigung beinahe zu gering, denn die Begünstigung als solche

Während das sächsische Gesetz im Art. 239. der einfachen Begünstigung in Beziehung auf Verbrechen gegen das Eigenthum als Minimum und Ausgangspunkt der Ahndung Gefängnißstrafe vorschreibt, wird die gewerbsmäßige Hehlerei mit Arbeitshausstrafe von einem Jahr bis zu sechsjähriger Zuchthausstrafe 2ten Grades bedroht. Das würtembergische Gesetz belegt im Art. 35 u. 324. den gewerbsmäßigen Hehler überhaupt mit Arbeitshausstrafe unter zeitlicher oder bleibender Entziehung der zur Hehlerei mißbrauchten öffentlichen Berechtigung, und ganz die gleiche Strafe droht der §. 122. des badischen Entwurfs der gewerbsmäßigen Begünstigung von Verbrechern, welche die Hehlerei umfaßt.

Bei dem höchst verderblichen Einfluß, den die gewerbsmäßige Hehlerei auf die Erleichterung und Ausbreitung der Diebstähle hat, bei dem Umstand, daß die Hehler sehr häufig die Lehrer und Erzieher der Diebe von der frühesten Jugend an sind, und daß sie, nicht auf eigene Gefahr den Diebstahl ausführend, vor nichts zurückschrecken, sondern den Dieb immer zu gefährlichern, weil einträglichern Verbrechen anspornen, und in der Betrachtung, daß sie dabei wieder den in ihren Händen gänzlich befindlichen Dieb häufig selbst betrügen, ist die Hehlerei ein Verbrechen, welches strenger Bestrafung gerechten Rauin giebt. Schon den gemeine Verstand des Volks, ein nicht zu mißachtender Leitstern des Strafgesetzgebers, hat dieses im Sprichwort — der Hehler ist wie der Stehler — anerkannt, und wenn man sieht, wie alle Gesetze darin einverstanden sind, daß schon dem ersten jedoch gefährlichen Diebstahl eine nicht geringe Zuchthausstrafe angedroht wird, so wird nichts im Wege stehen, auch dem Hehler für schwere Fälle seines Vergehens Zuchthausstrafe anzudrohen, und die Arbeitshausstrafe nur als das Minimum der Strafe zu belassen. Es muß dieses auch schon

Digitized by Google

geschehen, als wie gezeigt der gewerbsmäßige Hehler wo nicht der wirkliche intellectuelle Urheber, doch der Aufreizer und Ermunterer zu den Diebstählen ist, und so der Richter, der bei einem sehr gefährlichen Diebstahl, auf dem schwere Zuchthausstrafe steht, einen dabei verflochtenen Hehler zu bestrafen hat, denselben als Gehülfen mit Zuchthausstrafe belegt, wenn der Hehlerei nur Arbeitshausstrafe angedroht ist, und so den Begünstiger der Hehlerei straflos läßt, während er ihn, wenn auch auf der Hehlerei Zuchthausstrafe steht, gerechterweise mit vielleicht höherer Zuchthausstrafe als den Dieb belegt, weil er in ihm nicht nur den Gehülfen für einen einzelnen gefährlichen Diebstahl, sondern auch den gewerbsmäßigen Hehler für andere Verbrechen gegen das Eigenthum zu bestrafen hat. Es wird die Bedrohung der Hehlerei mit Zuchthausstrafe auch schon deßhalb nöthig seyn, weil da, wo man wie bei dem Diebstahl eine schwerere Rückfallsstrafe annimmt, nichts im Wege steht, auch bei der Hehlerei in ihren Rückfällen eine Strafverschwerung anzunehmen, die alsdann wie bei dem Diebstahl auch bis zur Zuchthausstrafe ansteigen kann. Das sächsische Gesetz erkennt im Art. 240. den Rückfall für die Hehlerei an, obgleich es ihr ohnedies schon in den schwersten Fällen Zuchthausstrafe vorgeschrieben hat, und es wird daher da, wo überhaupt der gewerbsmäßigen Hehlerei nicht Zuchthausstrafe angedroht ist, deren Zulässigkeit wenigstens für den Rückfall zugesprochen werden müssen. Und in sofern die Gesetze, wie das württembergische und der badische Entwurf, einer übrigens schlechterdings verwerflichen Stellung unter polizeiliche Aufsicht kennen und als einen Strafsatz, also als eine Strafe einführen, so würde solche gegen jeden gewerbsmäßigen Hehler erkannt werden können, denn wenn sich irgendwo die Stellung unter polizeiliche Aufsicht mit ihrer Confinirung auf einen bestimmten Aufenthaltsort und mit ihrem unbeschränk-

Digitized by Google

den Hausuntersuchungsrecht vertheidigen läßt, so fällt dies bei der gewerbsmäßigen Hehlerei der Fall. Es wird daher der gewerbsmäßigen Hehlerei sehr wohl Arbeitshausstrafe bis zu 8 Jahren nebst Stellung unter polizeiliche Aufsicht und zeitlicher oder bleibender Entziehung des dazu gemißbrauchten Gewerbs als Strafmaaß angedroht werden können. Dagegen lassen sich bei der gewerbsmäßigen Hehlerei, eben weil sie nicht durch ein einzelnes Factum constituirt wird, sondern weil sie eine zusammenhängende, mehr oder minder andauernde Verbindung mit andern Verbrechen und verschiedenen Verbrechern darstellt, nicht wohl genauere Richtpunkte für die besondere Ausmessung der Strafe ertheilen, und man wird sich dabei begnügen müssen, als solche allgemeine Richtpunkte die Rücksicht auf die Art und Größe der verhehlten Verbrechen, auf die längere oder kürzere Verbindung mit einem oder mehreren Verbrechern, auf den selbst bezogenen Vortheil und insbesondere auf den größern oder geringern Einfluß vorzuschreiben, den die gewerbsmäßige Hehlerei auf die Begehung und Erleichterung der verübten Verbrechen gehabt hat; denn in dem letztern Richtpunkt liegt wohl deßhalb das schwerste Strafmaaß, weil dabei der Hehler als der wahre Diebesvater und als der Aufreizer und Urheber einer Reihe von Verbrechen erscheint. Eine Strafloſigkeit oder auch nur ein Grund gemilderter Strafe wird aber bei der gewerbsmäßigen Hehlerei nicht anzunehmen seyn, indem der Begriff der Gewerbsmäßigkeit richtig aufgefaßt jede Strafmilderung unter das Maaß der Strafe überhaupt ausschließt. Denn, selbst angenommen, es liege eine häufige Unterkunftsgestattung für einen Verbrecher von Seiten seiner Eltern vor, so wird man nicht sagen können, daß die Eltern dem Verbrecher gewerbsmäßig Unterkunft gestattet haben, weil er ja ein natürliches Recht auf diese Unterkunft hat, und haben sich dabei die Eltern nicht die

Digitized by Google

Hände rein gehalten von den Vortheilen der Verbrechen, haben sie aus ihrer Wegschaffung und Verwerthung ein Gewerbe gemacht, so werden sie eben so gerecht gestraft, als sie gestraft werden, wenn sie überhaupt mit ihren Kindern in einer verbrecherischen Bande stehen. Und wenn endlich, wie bei einsam stehenden Häusern nicht undenkbar ist, die Bewohner zur selbst häufigen Unterkunftsgestattung von Verbrechern gezwungen werden, so befreit sie der wahrhafte Zwang von jeder Strafe, ist er aber nicht vorhanden, oder ist er verbunden mit gewerbsmäßig bezogenem Vortheil, so wird auch hier eine Strafe gerecht seyn, und in Erkennung des Minimums der Strafe kann der Richter dem Umstand genugsame Rechnung thun, daß der Hehler hier nicht aus eigenem Antrieb, sondern durch die Noth der Umstände in sein Verbrechen gestürzt wurde. Unter diesen Voraussetzungen wird daher die Strafe des gewerbsmäßigen Hehlers dahin bestimmt werden dürfen:

Der Hehler wird unter Berücksichtigung der Art und Größe der verhehlten Verbrechen, des längern oder kürzern gewerbsmäßigen Verkehrs mit mehrern oder wenigern Verbrechern, des selbst bezogenen Vortheils und insbesondere seines geringern oder größern Einflusses auf die Begehung und Erleichterung der Verbrechen von Arbeitshausstrafe bis Zuchthausstrafe von 8 Jahren unter zeitlicher oder bleibender Entziehung des zu dem verbrecherischen Verkehr mißbrauchten Gewerbs getroffen und kann unter polizeiliche Aufsicht gestellt werden.

§. 12. Zusammenstellung der vorstehenden Vorschläge, und Schlußbetrachtungen.

Stellt man zur bessern Endübersicht die in den §. 9. 10. 11. enthaltenen Vorschläge zusammen, so gehen sie dahin:

1. Thatbestand der Begünstigung.

Wer ohne vorheriges Einverständniß mit dem Verbrecher dem Verbrechen nach seiner Vollendung oder nach seinem stattgehabten Versuch in Beziehung auf den Verbrecher oder den Erfolg aus dem Verbrechen wissentlich, ohne jedoch durch seine Handlung selbst zu dem Zustandekommen des Verbrechens oder des Versuchs beizutragen, Vorschub leistet, indem er dem Verbrecher zur Vereitelung der gerichtlichen Verfolgung oder zum Genuß und zur Sicherung der Vortheile aus dem Hauptverbrechen behülflich ist, oder indem er zur eigenen Theilnahme an den durch das Verbrechen gewonnenen Vortheilen dem Hauptverbrechen förderlich ist, macht sich, in sofern nicht in seiner Handlung ein selbstständiges Verbrechen liegt, des Nebenverbrechens der Begünstigung schuldig.

2. Stufe der Begünstigung.

Die Begünstigung wird unter allgemeiner Rücksicht auf die Kenntniß des Thäters von der Größe und Beschaffenheit des Hauptverbrechens von Geldstrafe oder Gefängnißstrafe bis zu sechs Monaten getroffen, wenn sie aus alleiniger persönlichen Rücksichten für den Hauptverbrecher geschah.

Geschah sie aus Eigennutz oder sonst boshafterweise, so wird sie unter weiterer Berücksichtigung des aus der Begünstigung bezogenen Vortheils von Gefängnißstrafe bis zu einem Jahr getroffen.

Digitized by Google

Die Begünstigung unter Ehegatten oder unter Eltern und Kindern ist straflos, so lange sie nicht gewerbsmäßig betrieben wird.

Die Begünstigung unter Verschwägerten in auf- und absteigender Linie, unter Geschwistern und Verschwägerten desselben Grades, unter Adoptiveltern und Adoptivkindern, Pflegeeltern und Pflegekindern, Vormündern und Mündeln ist gleichfalls straflos, wenn die Begünstigung aus alleinigen persönlichen Rücksichten für den Hauptverbrecher geschah.

Von diesen Bestimmungen sind die Fälle der Begünstigung ausgenommen, welche das Gesetz mit besonderer Strafe bedroht.

3. Thatbestand der Hehlerei.

Wer die Verbrechen Anderer gegen das Eigenthum gewerbsmäßig befördert oder erleichtert, sey es durch Gestattung der Unterkunft für den Verbrecher, oder durch Ansichbringung der durch das Verbrechen gewonnenen Gegenstände oder durch andere Vermittelung, macht sich des Verbrechens der Hehlerei schuldig.

4. Strafe der Hehlerei.

Der Hehler wird unter Berücksichtigung der Größe und Beschaffenheit des verhehlten Verbrechen, des längern oder kürzern verbrecherischen Verkehrs mit mehrern oder wenigern Verbrechern, der Größe des bezogenen Vortheils, und insbesondere seines geringern oder größern Einflusses auf die Begehung und Erleichterung der Verbrechen, von Arbeitshausstrafe oder Zuchthausstrafe bis zu 8 Jahren unter zeitlicher oder bleibender Entziehung des zu dem verbrecherischen Verkehr mißbrauchten Gewerbs getroffen, und kann unter polizeiliche Aufsicht gestellt werden.

Digitized by Google

Was nun die Stellung dieser Bestimmungen in einem Gesetzbuch betrifft, so werden die zwei ersten Sätze über Begünstigung und ihre Strafe am füglichsten nach den Bestimmungen über die Beihülfe zu den Verbrechen gesetzt werden, weil beide sich gegenseitig ergänzen und verdeutlichen, und die beiden letztern Sätze über Hehlerei und ihre Strafe werden am besten den Abschnitt von dem Diebstahl beschließen, weil die Hehlerei — obschon auf alle Verbrechen gegen das Eigenthum gerichtet — am meisten bei dem Verbrechen des Diebstahls vorkommt.

Wo ein Gesetz die einen Rückfall zulassenden Verbrechen besonders und namentlich aufführt, wie z. B. der badische Entwurf §. 158, wird auch die Hehlerei angeführt werden müssen, und wo ein Gesetz nicht mit und durch die erkannten Strafen den Verlust der Ehren- und Dienstrechte verknüpft, wird auch bei der Hehlerei der Verlust dieser Rechte angeführt werden müssen, weil sie in dieser Beziehung dem Verbrechen des Diebstahls gleichstehen muß.

Daß die Begünstigung als solche auch einen Versuch zuläßt, mag nicht bezweifelt werden. Dagegen wird die Hehlerei als solche, weil zu ihrem Begriff ein gewerbsmäßiger, also schon mehrmals stattgefundener Betrieb gehört, einen eigenthümlichen Versuch nicht zulassen, sondern dort, wo man diesen gewerbsmäßigen Betrieb nicht vollständig findet, wird man dagegen eine oder mehrere Begünstigungen finden, und alsdann den Angeschuldigten als Begünstiger strafen.

Daß endlich hier von einer gewerbsmäßigen Begünstigung überhaupt keine Rede ist, folgt daraus, weil es meines Erachtens außerhalb der Unzuchtsvergehen und der Verbrechen gegen das Eigenthum keine gewerbsmäßige Begünstigung von Verbrechen giebt, und weil diese gewerbsmäßige Begünstigung in den Begriffen der Kupplei

Digitized by Google

und der Hehlerei enthalten ist. Wenn man dabei nicht aus den Augen verliert, daß jede gewerbsmäßige Begünstigung, da wo sie nicht wie bei der Kuppelei und der Hehlerei in ein selbstständiges Verbrechen übergeht, eben wegen ihrer gewerbsmäßigen Betreibung eine vorausgehende stillschweigende Zusage der Begünstigung enthält, und damit den Charakter der Beihülfe zu dem begünstigten Verbrechen annimmt, so wird man von der Aufstellung einer allgemeinen gewerbsmäßigen Begünstigung von Verbrechen um so leichter abgehen können, weil man sie alsdann da, wo sie noch außer der Kuppelei oder Hehlerei vorkommen sollte, als Beihülfe des gewerbsmäßig begünstigten Verbrechens immer wie sichs gebührt und härter als eine einfache Begünstigung gestraft werden kann.

XX.

In wie fern rechtfertigt sich eine von dem Strafrechte getrennte wissenschaftliche Darstellung des strafrechtlichen Verfahrens?

Von

Abegg.

Zu den Fragen, welche, auch nachdem sie seit langer Zeit Gegenstand der Untersuchung geworden und von vielen Seiten beleuchtet sind, doch noch nicht einer solchen Beantwortung entgegengeführt erscheinen, über welche eine Uebereinstimmung der Kenner Statt fände, gehört diejenige über das Verhältniß des Criminalprozesses zu dem Criminalrechte rücksichtlich der wissenschaftlichen Behandlung. Die Vergleichung mit dem Civilprozesse und dessen Verhältniß zum Civilrechte liegt zu nahe, als daß sie nicht stets hier geltend gemacht würde, und die Ansichten über jene Fragen müssen unter andern auch deshalb verschieden seyn, weil man jene Vergleichung mit verschiedenem Ergebnisse bei einer Aehnlichkeit oder dem eines Gegensatzes anstellt. Wäre die Sache wie in so vielen andern Fällen, wo nämlich nur eine, möglicherweise lange verkannte Ansicht die wahrhafte seyn kann, so würde eine solche Verschiedenheit der Meinungen mehr auffallen; allein sie ist erklärlicher bei einer Frage, wo der Gegenstand selbst so verschiedene Gesichtspunkte darbietet, deren jeder eine Berechtigung hat. Hieraus folgt, wie wir auch in andern Lehren Aehnliches beobachten und anerkennen,

Digitized by Google

keiner als der ausschließend berechtigte aufgestellt werden dürfe, daß vielmehr ein höherer Standpunkt anzunehmen sey, welcher die verschiedenen Seiten umfassen muß. Dies ist nothwendig, weil bei gleicher innerer Berechtigung, welche der ausschließlichen Geltung des innern Gesichtspunktes entgegentritt, alle jene andern nicht als Gegensätze, sondern als aus der Einheit hervorgegangene sich unter einander bedingende Seiten zu betrachten sind.

Es ist neuerlich erinnert worden, „man habe in unserer Zeit Criminalrecht und Prozeß in der wissenschaftlichen Behandlung gegen das Muster unserer gemeinrechtlichen Gesetzgebung immer mehr geschieden. Es wäre zu wünschen, daß ein Criminalist diese Methode einmal einer gründlichen Prüfung unterwürfe; vielleicht würde sich daraus ergeben, daß diese Trennung mit der Natur dieses Rechtstheiles im Widerspruche steht. Man möge sich fragen, wie viele Sätze des Criminalrechts, wenn wir von der gerichtlichen Thätigkeit absehen, ein lebendiges Daseyn haben, außer dem Satze, dies und dies und dies ist ein Verbrechen, und daher zu meiden? Damit vergleiche man sodann das Civilrecht, in dessen Natur es liegt, eine von der Thätigkeit der Gerichte unabhängige praktische Existenz zu haben."

Der gelehrte Civilist, von dem diese Bemerkung herrührt, ist eine zu wichtige Autorität, als daß sein Bedenken bei Seite gesetzt und vielleicht deshalb minder beachtet werden dürfte, weil es gelegentlich und in einer nicht vorzugsweise dem Criminalrechte gewidmeten Schrift ausgesprochen ist [1]).

Es sey mir erlaubt, hier einige Erinnerungen vorzutragen, die jedoch nicht Anspruch machen, die Sache zu

1) Ge. Friedr. Puchta, das Gewohnheitsrecht. Zweiter Theil. Erlangen 1837. S. 258. Not. 19.

Digitized by Google

erschöpfen, auch nicht als eine Selbstvertheidigung hinsichtlich der von mir befolgten und noch vorlängst von andern gebilligten Methoden betrachtet werden mögen, darüber, wie [2]) ich hoffe, zu einer Verständigung mit dem Freunde führen, dessen Bemerkung ich theilweise als gegründet zugeben kann, ohne mich dem Vorwurfe eines Widerspruches auszusetzen.

Was solche Trennungen besonders hervorgehobener Theile aus dem Gebiete des Rechtsgebietes betrifft, so sind diese allerdings Erscheinungen, wenn auch nicht erst in neuester Zeit häufiger geworden, und die allgemeine Verbreitung dieser Verfahrungsart mag sich aus einem Bedürfniß, das sich geltend macht, aus einer gemeinsamen Ueberzeugung der Nothwendigkeit, die sich bei Gesetzgebern und Gelehrten ausspricht, erklären lassen — sie ist zur Gewohnheit geworden, von der man schwerlich wieder abweichen und zur ältern Weise der äußerlichen Verbindung zurückkehren wird. Die ältern Rechts- und Gesetz-Sammlungen, das Corpus juris civilis und canonici, nicht minder ältere deutsche Landesgesetzgebungen, umfassen alle Rechtstheile in einem und demselben Werke, so daß auch in letzterm bürgerliches und peinliches Recht, und beide Prozesse, mit noch andern Zweigen der Rechtsgesetzgebung sich vereinigt finden [3]). Das erheblichste Beispiel einer Sonderung bilden die Peinliche Gerichtsordnung Carls V. mit ihren Vorgängern, der Bamberger und der Bran-

2) Meine Betrachtung über die neueste Literatur des Criminal-Prozesses, in Richter's kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft. 1838. October. Zehntes Heft. S. 900 ff.

3) Eichhorn deutsche Staats- und Rechts-Geschichte. Vierte Ausgabe. Th. II. §. 279 ff. III. §. 443. IV. §. 650. Dessen Einleitung in das deutsche Civilrecht §. 16. Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts. Vierte Ausgabe. §. 17. Meine Geschichte des Strafrechts und der Strafgesetzgebung der Brandenburg-Preußischen Lande. §. 17.

Digitized by Google

Brandenburger Halsgerichtsordnung, welche, wie die kurz vorher verfaßte Tyroler Malefiz-Ordnung und einige andere Werke, als die ersten Erscheinungen von Gesetzgebungen zu erwähnen sind, die dem Strafrechte ausschließend gewidmet worden. Allerdings lag hiebei nicht eine wissenschaftliche Ansicht über die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer solchen Ausscheidung des criminellen von dem Gebiete des bürgerlichen Rechts zu Grunde, die sich etwa im Gegensatz zu der Forderung einer Verbindung behaupten sollte: das dürfen wir in jener Zeit am wenigsten suchen; der Grund war ein einfacher und nahe liegender, daß grade für das Strafrecht und das Strafverfahren sich ein Bedürfniß der Reform auf dem Wege der Gesetzgebung, oder wenigstens der Feststetzung des Rechts und der Gewohnheit der Zeit, mit einer so unwiderstehlichen Gewalt zu erkennen gab, wie es im bürgerlichen Rechte aus begreiflichen Ursachen nicht der Fall war und seyn konnte.

Nun finden wir in den meisten deutschen Ländern, welche die P. G. O. mit mehr oder weniger Modificationen annahmen, oder als Grundlage eigener Landesgesetzgebung benutzten, jene Trennung des Strafrechts von der Civilgesetzgebung; jedoch nicht durchgängig [4]). Das letzte Beispiel einer noch in Kraft stehenden Gesetzgebung, welche das peinliche Recht, und zwar abgesondert von dem Prozesse, in unmittelbarer Verbindung mit dem bürgerlichen Rechte enthält, ist das Preußische Landrecht, in dessen zweiten Theiles zwanzigstem Titel bekanntlich von Verbrechen und deren Bestrafung die Rede ist. Der neue Entwurf dagegen schließt sich der jetzt allgemein befolgten Methode an und behandelt das Strafrecht, gesondert von den übrigen Rechtstheilen, selbstständig.

---

4) Mein Lehrbuch des Criminal-Prozesses §. 18.

Digitized by Google

Um nun gleich hieran, jedoch mehr von dem äußern Gesichtspunkte der Sache aus — denn der innern Gründe wird weiter unten gedacht werden — eine Bemerkung über die wissenschaftliche Behandlung anzuknüpfen, so ist es bekannt, daß, so lange die Vorträge nach der Legal-Ordnung der verschiedenen Quellen gehalten wurden, auch Criminal-Recht und Prozeß nicht anders, als in der Verbindung und an der Stelle erörtert wurden, wie sie durch das System der römischen und canonischen Rechtssammlungen bedingt waren. Das Erscheinen der Peinl. G. O. brachte hierin noch keinen Unterschied hervor; eigne Vorlesungen über Strafrecht kamen erst viel später auf, und man war am wenigsten geneigt, der C. C. C. die Ehre einer Quelle, im Sinne des römischen und canonischen Rechts, zu erweisen. Lange Zeit bleibt daher auch die selbstständige Behandlung der Criminalrechtswissenschaft in Commentaren der P. G. O. noch ohne Einfluß auf die Behandlung in Vorlesungen. Ohnehin nöthigt die P. G. O. durch ihre stete Beziehung und Verweisung auf das Herkommen, auf geschriebene kaiserliche und gemeine Rechte, immer wieder vorzugsweise zu dem römischen und canonischen Rechte zurückzugehen, und so erklärt sich dann eine Methode, die man nach den verschiedenen Gesichtspunkten, von denen hierbei ausgegangen wird, bald gut heißt, bald mißbilligt.

Wir haben bisher von der äußern Stellung des Strafrechts zu dem Gesammtrechte überhaupt und insbesondere zu dem bürgerlichen Rechte gesprochen, und dabei Strafrecht im engern Sinne und strafrechtliches Verfahren zusammengefaßt. Wir werfen jetzt den Blick auf das Strafrecht selbst, bei welchem diese beiden Theile, als in dem Ganzen begriffen, unterschieden werden müssen. Hier ist nun der innere nothwendige Zusammenhang eben so unbezweifelt, als, für die frühere Zeit,

Digitized by Google

die äußere Verbindung. Letztere bedarf keiner Erklärung für die Rechts- und Gesetzes-Sammlungen, wie für die später von Privatpersonen (z. B. den Verfassern der s. g. Spiegel ꝛc.) ausgearbeiteten praktischen Anweisungen aus den Perioden, wo das ganze Criminalrecht nur als Theil des Rechts überhaupt und in Verbindung mit demselben abgehandelt worden ist. Aber auch in der Zeit fand sie Statt, und wurde demnach auch wissenschaftlich beobachtet, wo das Strafrecht im weitern Sinn getrennt erscheint, wie namentlich in der P. G. O. und in deren unmittelbaren Vorgängern und Nachfolgern. Der Prozeß ist nicht nur mit dem materiellen Strafrechte in Verbindung dargestellt, sondern er macht den Anfang und Ausgangspunkt aus, an welchen sich letzteres anschließt. Denselben Gesichtspunkt hält aber, und nicht blos für das Strafrecht, auch das römische Recht (insbesondere für das Privatrecht das prätorische Edikt) fest, wovon später bei der Würdigung der innern Verbindung die Rede seyn soll, welche letztere unzweifelhaft der Grund für die, auch äußere Zusammenstellung ist. Den Charakter der Gesetzgebung haben dann auch hier die, derselben sich als einer zu erläuternden Rechtsquelle unmittelbar anschließenden, frühern oder spätern wissenschaftlichen Arbeiten.

Allmählig treten aber veränderte Behandlungsweisen hervor, und zwar zum Theil wieder durch die Gesetzgebung veranlaßt. So finden wir schon vor mehr als einem Jahrhundert Landes-Criminal-Ordnungen, welche nur das Verfahren und nicht auch das materielle Strafrecht zum Gegenstand haben, z. B. die Churmark-Brandenburgische Criminal-Ordnung und die Preußische, jene vom J. 1717, diese von 1721 [5]).

5) Meine angef. Gesch. der Brand. Preuß. Strafgesetzgebung §. 12—27.

Digitized by Google

Den Grund dieser Trennung dürfen wir aber wieder nicht in der Reflexion und wissenschaftlichen Ueberzeugung der Zeit und der Anerkennung einer Methode suchen, wie sie sich jetzt geltend zu machen strebt, sondern er lag in dem praktischen Bedürfnisse, welches sich fast überall anfangs mehr bei dem Verfahren, als bei dem Inhalt der Rechtssätze geltend machte. Bei letzteren, die ins Volk übergegangen waren, und insbesondere die privatrechtlichen die Grundlage der bestehenden Rechtsverhältnisse gebildet hatten, mußte jede durchgreifende Veränderung und Neuerung bedenklich erscheinen, und die etwa wahrgenommenen Mängel durften nur zu einem schonenden Eingreifen der Gesetzgebung auffordern, welches sich mit Beibehaltung der bisherigen Grundlagen nicht nur nach ihrem Inhalte, sondern auch nach ihrer Form, in einzelnen Verordnungen aussprach. Anders war es bei dem Prozesse, welcher ein mehr zusammenhängendes consequentes Verfahren erfordert und bei dessen zeitgemäßer Reform jene Bedenken nicht obwalteten. Hieraus erklärt sich, wie seit den letzten Jahrhunderten in den meisten deutschen Ländern mehr für den Prozeß (bürgerlichen und peinlichen) als für das materielle Recht durch die Gesetzgebung geschehen ist. Wir begegnen einer beträchtlichen Reihe von Prozeßordnungen, aber wenigen Civil- oder Criminal-Gesetzgebungen. Auch die erwähnten Criminal-Ordnungen der Preußischen und Brandenburgischen Lande beschränken sich auf das Verfahren, und setzen die P. G. O. im Uebrigen voraus [6]). Mit diesen ohngefähr gleichzeitig sind die ersten wissenschaftlich praktischen Bearbeitungen des Strafprozesses, die schon mit dem Ende des siebenzehnten Jahrhunderts beginnen und besonders in der ersten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts vorkommen. Hier also ist der Anfang jener

6) Meine angef. Gesch. ꝛc. §. 3. 14.

Digitized by Google

neuerlich gerügten Trennung von dem Criminalrechte zu suchen. In den eigentlich praktischen Werken, die sie besonders von italienischen Juristen, dann seit Carpzov auch den einheimischen geliefert worden sind, ist mehr die Verbindung beider Theile beibehalten und häufiger der Prozeß wenigstens als das Fachwerk gebraucht worden, in welches gelegentlich der materielle Rechtsstoff auch eingetragen wurde.

Bald aber kommt eine Trennung anderer Art vor, die bedenklicher erscheint, und an der die Criminalisten unschuldig sind, wenn man ihnen nicht eine tadelnswerthe Connivenz zur Last legen will, wozu man in sofern nicht berechtigt ist, als sie dessen ungeachtet nicht aufgehört haben, dem Criminalprozeß die gebührende Aufmerksamkeit zu widmen und denselben als einen Theil ihres Gebiets zu betrachten, obschon die Civilprozessualisten sich dasselbe zuzueignen suchten. Diese nämlich nahmen in ihren Werken über das bürgerliche Rechtsverfahren auch das strafrechtliche mit auf, welchem bei den s. g. kanonischen oder außerordentlichen Prozeßarten seine Stelle angewiesen wurde [7]).

Unter allen denkbaren Methoden mußte diese am wenigsten Beifall finden. Wie viele Sätze auch, und besonders Voraussetzungen, für beide Prozesse gemeinschaftlich seyn mögen, und wie lehrreich auch eine Vergleichung und Nebeneinanderstellung beider sich erweisen möge, so verbietet doch schon der so folgenreiche Unterschied der Grundprincipien der einen und der andern Weise des Verfahrens eine Anordnung, der zufolge der Criminalprozeß, nicht nur von seinem integrirenden Gliede, dem Strafrechte, gänzlich losgerissen, sondern auch mit ihm völlig fremden Lehren in eine nur äußerliche Verbindung gebracht

7) Mein Lehrbuch des Criminal-Prozesses §. 4.

Digitized by Google

wurde. Er ist dabei denn auch in jeder Hinsicht übel genug weggekommen. Die Veranlassung zu dieser Behandlungsweise lag theils eben in dem Verkennen des wesentlichen Unterschieds der Principien, da man eine Zeitlang das ganze Strafrecht für einen Theil des bürgerlichen oder Privatrechts ansah und ausgab, theils in der oberflächlichen Betrachtung, daß es eben doch beide besondere Formen des Prozesses seyen, den man in Lehrbüchern und Vorträgen grade so ungetrennt zu behandeln habe, wie nach der damaligen fast allgemeinen Einrichtung der Gerichte (die noch jetzt an vielen Orten besteht) die verschiedenen Zweige der Rechtsverwaltung — so namentlich auch die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und die in Criminalsachen — einer und der nämlichen Behörde übertragen waren. Endlich hat auch wohl die Erfahrung, daß man in Vorträgen den Criminalprozeß bei Seite setzte und ihm wenige Aufmerksamkeit widmete, um so mehr zu dieser, immerhin dürftigen Aushülfe mitgewirkt, als selbst das Strafrecht in seiner Behandlung so sehr gegen das Privatrecht, welches den Mittelpunkt, und mit Recht, bildet, in den Hintergrund trat.

Diese Methode vermochte sich, begreiflicherweise, am wenigsten dauernd zu behaupten. Sie wich einer andern, gewiß bessern, dem Criminalprozeß wieder eine wenn gleich nur äußere Verbindung mit dem Criminalrechte zu geben, wie dieses in den Lehrbüchern der neueren und zum Theil der neuesten Criminalisten der Fall ist. Auf die Behandlung selbst hat diese Verbindung, eben weil sie nur eine äußerliche war, und der Prozeß nur so hinterher und als Anhang mitgenommen wurde, keinen erheblichen Einfluß gehabt, und eben so äußerlich war auch der gewiß nicht günstige Umstand, daß, der Erfahrung nach, der Criminalprozeß in den Werken selbst und in den akademischen Vorträgen nicht mit der Gründlichkeit abge-

Digitized by Google

handelt wurde, welche dieser wichtige Rechtstheil erfordert.

Die selbstständige Behandlung in Büchern und Vorträgen in neuerer Zeit gründet sich nun auf die Wahrnehmung der Mängel, welche die andern Methoden mit sich führten; sie wurde näher bestimmt durch die größere Theilnahme, welche seit dem letzten Viertheile des vorigen Jahrhunderts dem strafrechtlichen Verfahren gewidmet wurde, dessen Gebrechen man erkannte und gegen die man Abhülfe suchte; sie hatte endlich eine Grundlage in der längst vorhandenen Absonderung des Criminalprozesses in Landesgesetzgebungen und größern wissenschaftlich praktischen Werken, die dann unter solchen Umständen nicht verfehlen konnte, ihren Einfluß auf die akademischen Vorträge und die zum Zweck derselben ausgearbeiteten Lehrbücher auszuüben.

Wenn nun auch lange Zeit, und jetzt noch, die zuletzt erwähnte Methode mit der neuern zugleich vorkommt, und beide Anwendung finden, so ist doch die letzte, wie gesagt worden, keineswegs eine ganz neue, der frühern Zeit unbekannt gewesene, und Lob oder Tadel kann jene nicht ausschließend treffen.

Dies mag für die äußere Geschichte der Behandlung des strafrechtlichen Verfahrens hinreichen. Es ist nunmehr an der Zeit, den Blick auf die Natur der Rechtstheile zu richten, um daraus für deren gegenseitiges Verhältniß und die wissenschaftliche Behandlung praktische Ergebnisse abzuleiten.

Der innere Zusammenhang, welcher zwischen dem Prozesse und dem materiellen Rechte Statt findet, auf welches sich eine bestimmte Art des erstern bezieht, wird Niemand in Abrede stellen. Er ist nicht minder in der Natur der Rechtsbestimmungen und Verhältnisse selbst enthalten, als er eine geschichtliche Bestätigung in den Quel-

Digitized by Google

len unſeres gemeinen Rechts, vornehmlich dem römiſchen und dem einheimiſchen hat. Das canoniſche Recht bietet hier zwar nicht eine abweichende Erſcheinung dar, aber es kommt in dieſer Hinſicht, ſeinem Inhalte und ſeiner Tendenz nach, weniger ſelbſtſtändig in Betracht. Was es über das Verhältniß des Verfahrens zu dem materiellen Rechte darbietet, gründet ſich mehr auf römiſches Recht und auf die unläugbaren Einflüſſe, die auch das germaniſche Recht auf daſſelbe ausgeübt hat. Sicher beſteht das Verfahren, welchem Rechtstheile es auch angehören möge, nicht für ſich, ſondern es hat an dieſem, dem materiellen Rechtsſtoffe, ſeine nothwendige Vorausſetzung, und hauptſächlich macht hier die Vermittelung, was man das Prozeßrecht im Gegenſatze der mehr formellen Seite des Verfahrens zu nennen pflegt. Umgekehrt haben auch wieder nicht alle materielle Rechtsbeſtimmungen ein ſelbſtſtändiges Daſeyn, ſondern der Prozeß iſt für ihre Wirkſamkeit, wenigſtens, als möglich ſtets bedingt. Freilich iſt dieſe Wirkſamkeit in anderer Weiſe im Gebiete des bürgerlichen und des Strafrechts zu nehmen, aber dieſer Unterſchied, der aus dem Inhalt hervorgeht, iſt für den Gegenſtand der vorliegenden Unterſuchung unerheblich. Ich verſtehe hier die Möglichkeit eines bedingt nothwendigen Verfahrens, nicht in dem faktiſchen Sinne, ob es grade der Fall iſt, daß ein Verbrechen gerichtlich zur Sprache kommt und gerügt wird, oder zufällig das Gegentheil eintritt; oder, ob ein Privatrechts-Verhältniß zum Gegenſtand gerichtlicher Verhandlung gemacht wird: die Möglichkeit muß nach einer andern Rückſicht in beiden Gebieten vorhanden ſeyn, da auf beiden Seiten Verhältniſſe vorkommen, welche die Herſtellung des Rechts im Wege des gerichtlichen Verfahrens heiſchen. Im Strafrechte iſt dieſe Möglichkeit in der Regel eine Nothwendigkeit, von der etwa nur die Fälle eine Ausnahme

Digitized by Google

machen, wo nicht von Amts wegen eingeschritten werden darf; und selbst diese Ausnahme ist wieder beschränkt, da, wenn das Verfahren durch die Person veranlaßt ist, von deren Anzeige und Antrag auf Rüge es abhängig gemacht wird, die Sache weiter keinen Unterschied mehr darbietet. Ein solcher Unterschied fand aber da Statt, wo Selbstrache, halsrichterliche Strafgewalt ꝛc. bestanden [8]; und in dieser Hinsicht kann man noch jetzt bei dem Falle der Nothwehr, den ausnahmsweise gestatteten Befugnissen der Selbsthülfe ꝛc. von strafrechtlichen Sätzen sprechen, welche eine von dem Prozeß unabhängige Geltung haben. Allerdings sind diese allmählig immer seltener geworden, und die Ansichten unserer Zeit widerstreben ihnen in hohem Grade. Auch bekommen sie jetzt durch ihre Stellung zum Strafrechte eine ganz andere Bedeutung, als ihnen früher zukam. Was anfangs, und bevor sich ein eigentliches Strafrecht herangebildet hatte, eine Regel ausmachte, mußte diesen Charakter verlieren, seitdem mit letzterm auch der Grundsatz der Unzulässigkeit aufkam und sich behauptete, daß irgend Jemand ein s. g. natürliches Strafrecht ausüben dürfe. Wenn eine Zeitlang jene Bestimmungen für sich galten, dann durch das sich allmählig bildende öffentliche Strafrecht eine immer größer werdende Beschränkung erleiden, so wird das Verhältniß nach und nach grade das Umgekehrte — das öffentliche Strafrecht ist die Regel, und jene Fälle sind besondere dasselbe beschränkende Ausnahmen, in welchen den strafrechtlichen Bestimmungen, auch ohne ein Verfahren, ein unmittelbares Daseyn durch die betheiligten Individuen gegeben wird. Noch mehr; wie sie ihrem Wesen nach nicht mehr dem Strafrechte angehören — dessen Princip sie zwar einigermaßen

8) Meine Comment. de antiquissimo Romanorum jure criminali §. 20 f. Meine Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissensch. S. 124 f. 225 f.

Digitized by Google

darstellen, aber nicht in der entsprechenden objectiven Form und Weise, sondern nur in subjectiver, (und als solche werden sie auch nur von dem Gegner anerkannt), vielmehr sich auf Selbstvertheidigung und Hülfe beschränken, kaum noch das Moment der Rache enthalten, die in dem Begriff der Strafe aufgegeben ist, — so haben sie auch selbst keine Ansprüche mehr, als Ausübung des Strafrechts zu gelten, sondern sie werden diesem untergestellt und nach dessen Grundsätzen beurtheilt, und erst dem zufolge, wenn die rechtlichen Voraussetzungen vorhanden sind, für straflos erklärt (jure factum esse, pronunciatur). Hat Jemand z. B. in gerechter Nothwehr und mit Beobachtung der Grenzen derselben den ungerechten Angreifer verletzt, so heißt es nicht, er habe denselben bestraft, so daß jetzt die Sache damit für erledigt erachtet werden könnte; sondern mit Vorbehalt der Strafe, die den letztern noch von Rechts wegen treffen soll, wird die Sache auch rücksichtlich des erstern erörtert, um festzustellen, ob er selbst dem Strafgesetze verfallen sey, oder ob, wie wir im gegebenen Falle die Bedingungen gestellt haben, ausgesprochen werden müsse, daß er einer strafbaren Verletzung nicht schuldig sey. Dies ist aber etwas Negatives, und findet nur eben unter der Voraussetzung Statt, daß strafrechtliche Sätze nicht durch individuelles Handeln, sondern durch das Verfahren in Wirksamkeit treten können, und diese nothwendige Anerkennung drückt sich auch in dem lossprechenden Urtheile aus.

Anders ist es freilich in dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, in sofern hier wirklich eine zweifache Weise, wie Rechtsgrundsätze in die Anwendung übergehen, Statt findet: die eine, wo gleichfalls das Verfahren in Fällen des Rechtsstreits die Vermittelung macht, die andere bei weitem häufigere, wo, ohne Voraussetzung eines Streits durch das freiwillige dem Rechte gemäße Handeln der Be-

Digitized by Google

theiligten, jener Erfolg herbeigeführt wird. Die Anwendung ohne Streit und ein dadurch bedingtes prozessuales Handeln ist selbst eine doppelte, je nachdem dabei die Thätigkeit des Gerichts oder einer andern hiefür angeordneten öffentlichen Behörde concurrirt, wie bei den Handlungen der nicht streitigen oder s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit, oder nicht.

Allein dies ändert an der Sache nichts, bei welcher immer die Möglichkeit des rechtlichen Schutzes und der gerichtlichen Geltendmachung des Rechts Statt findet. Im bürgerlichen wie im Strafrechte ist die Beziehung auf den Prozeß gleich nothwendig, wenn auch im erstern nicht stets die Nothwendigkeit eintritt; und umgekehrt in beiden Gebieten tritt das gleiche Verhältniß des Prozesses zu dem materiellen Rechtsstoffe ein.

Wir haben jedoch noch näher zu betrachten, wie sich in unsern Rechtsquellen und also geschichtlich das Verhältniß ergebe. Unzweifelhaft ist hier das Verfahren der Ausgangspunkt, durch welchen die materiellen Rechtsgrundsätze in Wirksamkeit treten. Schon im Allgemeinen — so weit solche Betrachtungsweise auf dem Gebiete der Erfahrung zulässig ist — ist es eine erklärliche und nothwendige Erscheinung, daß nicht erst dann zu einem rechtlichen Verfahren geschritten wird, wenn das Volk im Besitze eines hinlänglich bestimmten für alle Anwendungen durchgearbeiteten Rechtsstoffes ist, sondern daß, während Grundsätze und abgeleitete oder für sich bestehende Sätze in dem Volksbewußtseyn leben, als Sitten und Gewohnheit bestehen, das Verfahren alsbald beginnt, in welchem dieselben nicht nur ihre Anwendung auf den besondern Fall, sondern auch ihre weitere Ausbildung und durch das Bedürfniß geforderte Vervollständigung erlangen. Wenn dieses später in Gesetzen ausgesprochen wird, so geschieht

Digitized by Google

es auf Grundlage des Verfahrens, welches daher auch an sich und in der Anwendung eine weitere Quelle eines entweder überhaupt oder unter den Betheiligten geltenden Rechts ist. So sehen wir bei den Römern aus den Zeugnissen der Schriftsteller, daß die Könige Recht gesprochen, ohne Zweifel nicht nach einem förmlichen Verfahren, nur nach dem natürlichen Princip beide Theile zu vernehmen, aber noch ehe ein schriftlich aufgezeichnetes Recht bestand. So wird in dem ältern und selbst spätern einheimischen Rechte nach einfachem Verfahren das Recht von den Urtheilern, Schöppen, dem Umstande, gewiesen oder gefunden, es wird als vorhanden und erkennbar vorausgesetzt; aber es erhält erst im Prozesse durch den Spruch sein wahrhaftes Daseyn.

Wir finden hierin keinen wesentlichen Unterschied zwischen bürgerlichem und Straf-Rechte, deren Grenzen überhaupt noch nicht so genau bestimmt sind, und die nicht selten eine in die andere übergehen. Ja, was wir hier wahrnehmen, bezieht sich sogar vorzugsweise auf das später s. g. bürgerliche Recht. In Betreff des eigentlichen Strafrechts und dessen was unzweifelhaft nicht blos Gegenstand des Streits einzelner Personen ist, kommt bekanntlich früh genug bei den Römern die richterliche Gewalt des Volks vor, an welches auch, wie in dem Prozesse des Horatius unter dem König Tullus Hostilius, die Provocation von dem Ausspruche der bestellten duumviri ging, die dem Schuldigen den Prozeß wegen Perduellion zu machen beauftragt worden waren.

Auch wo sich nun allmählig ein bestimmtes sehr förmliches Verfahren bildet, ist dieses die wichtigste Norm für das Recht selbst, und auch dies gilt wieder vornehmlich für die privatrechtlichen Verhältnisse. Zwar ist in der Periode, wo dieses eintritt, auch das Recht fixirt, wie es von dem

Digitized by Google

Verfahren unabhängig gedacht werden kann, so weit bestimmt, als es die Ansicht der Zeit, die Bildung und das Bedürfniß des Volkes fordert, und die Prozeßformeln sind jenen Rechtsbestimmungen mit ängstlicher Genauigkeit angepaßt. Allein eine Rückwirkung dieser auf das Recht ist unverkennbar.

(Der Beschluß im folgenden Stücke.)

Digitized by Google

XXI.

Beiträge zur richtigen Beurtheilung der Fälle des Versuchs je nach der Verschiedenheit der Verbrechen und je nachdem der Urheber ein physischer oder ein intellectueller ist,

mit beständiger Rücksicht auf Prof. Dr. Heinrich Luden's Schrift über diese Materie.

Von

Herrn Oberjustizrath von Zirkler

zu Tübingen.

(Beschluß von Nr. XIII. im vorigen Stücke.)

Zweideutiger ist dagegen die Frage, ob die Anschaffung von den zum Anzünden nöthigen Brennmaterialien schon als Versuch der Brandstiftung anzunehmen sey. Ich habe sie selbst in der Regel verneint, weil die Anschaffung derselben gewöhnlich keine Ueberwindung und kein Wagstück kostet, welche den Entschluß zum Verbrechen schon als Trieb bewährt, weil sie ohne dem Verdacht des letztern auszusetzen, offen und ohne alle Schwierigkeit geschehen kann, und dieselbe als Versuch nur unter einer Casuistik zugelassen, welche so selten ist, daß das Recht vielleicht nicht darauf reflectiren darf. Die Brandstiftung gehört

Digitized by Google

zwar zu den heimtückischen Verbrechen, allein ihre Ausführung erfordert immer noch so viel Geflissenheit zum Auffinden des zu der zweckmäßigen Wirkung und sichtren Verbreitung des Feuers geschickten Orts, und bei der Größe und dem Alarmirenden des Verbrechens soviel lichtscheue Behutsamkeit, daß die Distanz bis zu ihr noch zu groß ist. Auf dem Standpunkte des Römischen Rechts dürfte Luden Recht behalten, daß der Versuch erst mit dem Acte des Feueranlegens beginnt. Daß aber gerade Anzünden dazu gehört, daß nicht schon genügt, wenn der noch zeitig verjagte Thäter sein Material in einen feuerfangenden Stoff gelegt hatte, möchte ich widersprechen. Denn hat man ein freiwilliges Aufgeben zu vermuthen keinen Grund, so ist z. B. das noch übrige Feueranschlagen, um brennenden Zunder zu gewinnen und diesen zu dem Schwefel zu legen, nicht von dem Belange, daß es schon auf dem Römischen und mindestens auf unserm heutigen Standpunkte einer nach Verhältniß abzustufenden Bestrafung des Versuchs noch in Betrachtung käme, welches letztere überhaupt nach Abegg's einsichtsvoller Bemerkung [9]) auch die hierin weiter gehende gemeinrechtliche Praxis in ihrer Gradation des Versuchs zwar nicht in der gewöhnlichen Darstellung, aber doch in der Sache rechtfertigt und daher aus den Quellen des Röm. Rechts nur berich-

9) In der Recension in den Richter'schen Jahrbüchern, die ich, da ich sie dermalen nicht zur Hand habe, aus dem Gedächtniß citiren muß. Uebrigens scheinen mir auch unsere alten Volksrechte nicht entgegen, das Einlegen der Brandmaterialien in ein Heu- oder Strohlager, um sie sofort anzuzünden, schon als Versuch zu betrachten. Das Ignem *mittere* oder *ponere*, incendium *mittere* läßt sich schon so deuten, besonders aber das *foeum* super aliquem mittere, ut domus incendat, da focus nicht nur die Heerdstätte, von der das Feuer ausgehen soll, sondern auch den noch nicht angezündeten Scheiterhaufen bedeutet, und in der ausgebrochenen Flamme schon die Consummation liegt.

Digitized by Google

tigt und durch festere Grundsätze vor Abschweifungen bewahrt werden darf. Aus demselben Standpunkte möchte sich auch die weitere Frage auflösen, ob, wie ich behauptet habe, schon derjenige eines versuchten qualificirten Diebstahls schuldig anzunehmen sey, welcher zu ungewöhnlicher Zeit mit einer Leiter ausrückte und überwiesen wird, daß es einem sich zum Einsteigen ausersehenen Hause, wovon er etwa die Höhe der Fenster gemessen und nach diesem Maaße die Leiter ausgesucht hätte, gegolten. Nach Luden's sinnreicher Erklärung des Directoriats läßt sich nach dem *se dirigere* in coenacula für und wider streiten, ob es nicht bereits bis zur wirklichen Anlegung der Leiter gekommen seyn müsse, — daß das Steigen schon angefangen, dürfte zu viel gefordert seyn, — und nur soviel muß ihm als gewiß zugegeben werden, daß die bloße Anschaffung der Leiter so wenig als die von Diebsinstrumenten genügt. Denn der Besitz so leicht zu erlangender Mittel, schon mit bloßer Neigung vereinbar, zeugt noch weniger für die zur Ausführung nöthige Frechheit, so daß man hier nur bei einem gewerbmäßigen oder habituirten Diebe von der Festigkeit des Vorsatzes überzeugt seyn wird. Daß man freilich bei „meren verläumdten Dieben", bei eigentlichen Gaunern und Landstreichern der gefährlichen Art minder difficil seyn soll, hat selbst Rossi zugegeben, auch die neuesten Gesetzgebungen sind darauf zurückgekommen, und ich bin lebendig überzeugt, daß auch bei den Römern die Grassatores hierin weit strenger beurtheilt worden sind, als man nach ihrer sonstigen Versuchstheorie glauben sollte.

Ueberhaupt kommt es zunächst und am meisten auf den einem bestimmten Verbrechen zustrebenden menschlichen Willen an, welcher so völlig determinirt ist, daß die ihm als innere Eigenschaft nie abzusprechende Freiheit in der Erscheinung verschwindet. Das Können, die Gelegenheit und die Bereitschaft mit den Mitteln dürfen

zwar

Digitized by Google

zwar auch nicht fehlen, allein sie sind von einer secundären untergeordneten Wichtigkeit und gehören mehr zu den Bedingungen des Daseyns, um den Erfolg nicht mehr vom Zufalle, sondern von der schon angefangenen Handlung zu erwarten, mehr zur äußern Erkennbarkeit als zum Wesen. Diese Wahrheit hat auch Luden dadurch erkannt, daß er die Möglichkeit eines strafbaren Versuchs bei untauglichen Mitteln und nicht vorhandenem Objecte des Verbrechens behauptet. Die so vielfältig gewendete Streitfrage läßt sich meiner Meinung nach sehr einfach auf die Rechtsregel zurückführen, daß der factische Irrthum unnachtheilig, der Rechts-Irrthum nachtheilig sey, welche in der Zurechnung eines Verbrechens gerade umgekehrt anzuwenden ist. Wer den Genuß von Blutwürsten in unseren Staaten bei schwerer Strafe verboten glaubt oder die Geschlechtsgemeinschaft über einen der gesetzlich verbotenen Grade der Verwandtschaft hinaus noch für Blutschande, oder die successive Polygamie für ein Verbrechen hält, wird dadurch, daß er gegen diese Ueberzeugung seinen Appetit stillt oder einen Beischlaf verübt, oder eine Ehe eingeht, auch keines Versuchs schuldig. Allein wer in der Apotheke Arsenik verlangt, dafür wegen Mangel an Ausweis von einem Gehülfen, der sich mit ihm nicht abwerfen oder aufhalten mag, mit Zucker abgespeiset wird, und ohne die Unterschiebung zu merken, denselben als Arsenik eingiebt, macht sich eines strafbaren Versuchs so gut schuldig, als derjenige, welcher, auf Mord ausgehend, seinen bereits verschiedenen Feind in seinem Bette für schlafend hält und erdolcht. Nur steht ein völlig irrationeller factischer Irrthum dem Rechts-Irrthume gleich, wie es der Fall wäre, wenn jemand wüßte, daß er Zucker hat, und sich einbildete, mit dergleichen Dosis jemand umbringen zu können, oder, wenn jemand mit einer leichten Gerte, die gar nicht als Waffe betrachtet werden kann, sich auf die Lauer gestellt

Digitized by Google

hätte, jemanden zu tödten [10]). Denn das Strafgesetz soll, soviel es möglich ist, auch die Begehungsart des Verbrechens bezeichnen und specificiren, und ein noch so vollständiges Gesetz gegen den Giftmord oder die Tödtung würde diese Fälle nie aufzählen. Sie stehen den blos abergläubischen Mitteln, wie das Todtbeten, die Beschwörungen, völlig gleich, über die man einig ist, und zwar mit Recht, weil es heutzutage keinem Gesetzgeber einfallen würde, gegen sie andere Pönalsanctionen auszusprechen, als zur Verhütung des Betrugs, der damit getrieben werden kann. Eben so wenig wenn das Object, auf das er ausgeht, gar nicht in rerum natura, sondern nur in seiner Einbildung existirt, wie wenn jemand, der von

10) Da die zu erkennende Strafe zwar nicht durch den eventus, aber doch durch das im Gesetz bezeichnete factum bedingt ist, so gehe ich noch weiter. Selbst wenn ein solcher Mensch den von Borst angeführten Fall, daß ein bloßer Gertenhieb einmal individuell tödtlich geworden ist, weil eine Schlagader die Hirnschale unterhöhlt hatte, im Auge hätte, so erwartete er doch den Erfolg eigentlich nicht von seiner Handlung, sondern von einem reinen Zufall, der, mag er sich auch uno vel altero casu zugetragen haben, vom Recht nicht berücksichtigt werden darf. Er übertritt nur das Strafgesetz gegen Injurien, nicht das Strafgesetz gegen Tödtungen. Der Ehemann, der seine Frau in der Absicht beschläft, sie werde im Kindbette darauf gehen, übertritt gar kein Strafgesetz. Wer noch so viel Respect vor der Justiz hat, daß er selbst gegen den, den er aus der Welt wünscht, gar keine oder nur eine leichte Injurie sich zu erlauben das Herz hat, der ist auch subjectiv kein Mörder oder Todtschläger. Da würde man durch den ganz unangemessenen Ausdruck: „Versuch, statt „unterstandener Missethat", wie noch die H. G. O. sagt, verführt, da derselbe sowohl grammatisch als ein bloßes Probiren oder Experimentiren, wovon der Erfolg gar nicht vorauszusehen ist, mißverstanden werden könnte. Aus diesem Gesichtspunkte ist auch die Polemik von Hepp und Luden gegen diejenigen Gelehrten, denen zum Verbrechen die bloße Absicht nicht genügt, und die daneben eine für sich bestehende äußere und wirksame Handlung fordern, die auch um nur als Versuch imputirt zu werden, nicht ganz unschuldig oder indifferent seyn darf, sondern schon eine Beziehung auf das sie seinem Geiste nach einschließende Strafgesetz haben muß, durchaus verfehlt.

Digitized by Google

dem Tode seines Weibes völlig überzeugt ist, sich mit der Holzagt zu dem Leichnam stellte, ihr in dem Wahne, daß sie wie der Jüngling zu Naïn durch ein Wunder aufgeweckt werden könnte, das neue Leben zu vertreiben. Es würde zu weit führen, aber ich bin nicht im mindesten darüber verlegen, diese Ansicht aus unsern positiven Rechtsquellen, namentlich aus dem homicidio in turba commisso (Art. 148. der Carolina) zu rechtfertigen, und das Hauptargument der allgemein verneinenden Meinung, „die „scheinlichen Werke, so zur Vollbringung der Misse„that dienstlich seyn mögen", hat Luden befriedigend widerlegt, daß es hier auf die vollständige Offenbarung der subjectiven Seite oder auf einen zum Verbrechen völlig determinirten Willen, dessen Handlung (l'effort d'agir après le jugement de l'entendement pratique fait à mon avis *l'essence* de la volonté, sagt Leibnitz,) über das Bewußtseyn eines blos zufälligen Erfolgs hinaus ist.

Wollte ich noch weiter alle gelungenen Partien der hier besprochenen Schrift hervorheben, so wäre ich genöthigt, das Maaß eines für eine Zeitschrift bestimmten Aufsatzes zu überschreiten. Ich begnüge mich also, einer kurzgefaßten Darstellung meiner Ansicht über die Frage, von wo an die vom physischen Urheber ganz verschieden zu beurtheilende intellectuelle Urheberschaft strafbar wird? die Sätze dieses Schriftstellers zum Grunde zu legen, durch die ich mich auch hier eben so sehr angezogen, als durch ihre Schroffheit abgestoßen fühle.

Luden findet diesen Moment gegen Mittermaier erst da, wo der physische Urheber sich, das Verbrechen zu begehen, bereitwillig erklärt, oder doch den Anstifter in den Glauben an diese Bereitwilligkeit versetzt hat. Ohne Grund ist diese Ansicht nicht, da es eine auffallende Ungleichheit wäre, wenn man den intellectuellen

Digitized by Google

Urheber früher als strafbar betrachten wollte, bevor dem verbrecherischen Entschlusse ein in die Zeit fallender Anfang der von ihm nicht mehr abhängigen Wirkung sich zugesellt, und der Satz ist auch in der Anwendung zutreffend, so lange der Anstifter seinen Vorschlag von der Einwilligung oder Bereitwilligkeit dessen, der dadurch verleitet werden kann, unbedingt abhängig macht, oder es im Sinne seiner Erklärung liegt, daß er für sich selbst gar keinen Vorsatz oder nur einen blos bedingten hegt, den er im umgekehrten Falle aufzugeben entschlossen ist. Den Fall eines solchen bloßen oder prosaischen Vorschlags haben die Franzosen im Auge, wenn sie die proposition non aggrée in der Regel für straflos erklären. Er wird in der Praxis am häufigsten vorkommen, wenn die Veranlassung vom physischen Urheber ausgeht, und dieser sich zur Ausführung eines Verbrechens erbietet, wovon die Haupttriebfeder, die es zu Stande bringen soll, nicht in seinem eignen, sondern im Interesse des Andern liegt, wenn z. B. jemand, wie mir kürzlich vorkam, einem Bauherrn, der um Dachsparren verlegen ist, den Antrag macht, er wolle sie ihm gegen eine mäßige Belohnung in einem nahen Walde stehlen; oder, um ein nicht erlebtes atrocenes Beispiel zu wählen, einen, der ihm seine Noth und Schuldverlegenheiten klagt, er wolle einen seiner nahen Verwandten heimlich aus der Welt schaffen, durch dessen Erbschaft er geborgen sey. Ueberhaupt wenn der Vorschlag in der Hauptsache noch ein bloßer Rath ist, den der Andre erst bei sich erwägen muß, ob er ihm auch dient, bevor es zum wirklichen Vorsatze des Verbrechens kommen kann, sehr verschieden von dem, einem schon entschlossenen Verbrecher gegebenen instructiven. Darum gehört es zu den sicheren Blicken Luden's, wenn er (S. 186.) „denjenigen, der Geld genommen und sich durch Vertrag verbindlich gemacht, oder eine Verschwörung eingegan-

Digitized by Google

gen', falsch zu zeugen!', demjenigen entgegensetzt, „wer um Geld hat, unter dem Versprechen für jemand falsch zu zeugen, und wenn er abgewiesen wird, straflos bleibe.“ Eben so kann man, da das Complott selbst nur ein Versuch wäre, das Bestreben der Verleitung zu einem Complotte, ich will sagen, zur Eingehung eines Complotts, das ohne die Eingeladenen gar nicht zu Stande kommt, — denn etwas anderes wäre die Verleitung zum Beitritte zu einem schon bestehenden Complotte, so daß die gefährliche und leicht zu mißdeutende Rechtsregel: in maleficio ratihabitio mandato aequiparatur [11]), anwendbar wäre, — nicht selbst schon als Versuch darstellen, ohne in einen progressum in infinitum zu verfallen. In so weit pflichte ich also der als correctiv sehr achtungswerthen Luden'schen Thesis bei, welche in verschiedenen mir bekannten Rechtsfällen praktisch geworden ist, daß das bestehende Gesetz eine allgemeine Denunciationspflicht verschreibe, weil die Frage aufgeworfen würde, ob auch derjenige wegen unterlassener Anzeige strafbar werde, welcher das Seinige redlich gethan hatte, einen solchen verbrecherischen Gedanken in der Geburt zu ersticken: eine Frage, die meiner Meinung nach in diesen terminis zu verneinen war. Namentlich auch in dem Falle, wenn in einer unerlaubten Körperschaft verbrecherische Anträge gestellt, aber doch der Stimmenmehrheit unterworfen wurden, und die letztere gegen sie ausfällt, ohne daß die Antragsteller durch eine Itio in partes von dem Gesammtbeschlusse sich lossagen. Ich will nicht dafür stehen, ob nicht schon von manchen Gerichten der Gegensatz vertheidigt worden ist;

11) Man vergleiche über sie, was in Chauveau Adolphe et Faustin Helie Théorie du Code pénal P. II. p. 90. 91. mit Rücksicht auf Rossi und Carmignani bemerkt ist. Auch über sie spricht sich Luden nicht sorgfältig genug aus.

Digitized by Google

aber mir scheint er die Criminalität ins Subtile zu treiben, da es zweifelhaft bleibt, ob den noch zu rügenden Sündern mehr als ein noch bedingter Vorsatz und durch Unterwerfung unter die Majorität im voraus aufgegebner Versuch zur Last fällt. Anders gestaltet sich die Sache, wenn der Vorsatz des intellectuellen Urhebers ein feststehender, kategorischer war und derselbe an der Bereitwilligkeit des physischen Urhebers entweder gar nicht zweifelte oder darauf rechnete und gefaßt war, ihn zu bewirken. Da kein Mensch zwecklos handelt oder sich etwas unterfängt, was er nicht auszuführen das Herz hat, so liegt in jedem unter der entgegengesetzten Voraussetzung immerhin compromittirenden Antrage eine nicht geringe Vermuthung für diese Hypothese, und es scheint daher Luden's Regel umzukehren zu seyn, daß man schon den Vorschlag an sich dem Eingreifen des geeigneten Mittels oder Werkzeugs zum Verbrechen von Seiten des physischen Urhebers gleichstellen sollte, oder die erklärte Bereitwilligkeit abzuwarten, sofern nicht der Angeschuldigte die durch wahrscheinliche Umstände unterstützte Behauptung des Gegentheils aufstellt, wohin besonders der schon berührte Fall zu rechnen seyn dürfte, wenn der Hauptbeweggrund zum Verbrechen in der Person des zur That Aufgeforderten liegt, und der für sich zu keinem Handeln Entschlossene, wie es beim bloßen Rathgeber am häufigsten vorkommt, selbst gar kein, oder ein erst noch von fremder Entschließung zu erwartendes untergeordnetes und mittelbares Interesse hat. Da man sich indessen in Strafrechtssachen vor allgemeinen Vermuthungen für die Schuld möglichst hüten muß, so ist es wohl der Natur der Sache und auch unserm positiven Rechte angemessener, daß die für Schuld und Unschuld neutrale Gerechtigkeit nähere Anzeigen fordere. Ich glaube daher, daß Luden's Regel stehen bleiben kann und nur dann eine Ausnahme leidet, wenn 1) die zur Anstiftung

Digitized by Google

ausersehene Person von der Beschaffenheit ist, daß sich der Anstifter der Bereitwilligkeit zur Vollziehung des ihm angesonnenen Verbrechens versehen mußte, mag nun der Grund der Bereitwilligkeit in dem notorischen Hange zu dem Verbrechen, wie bei einem gewerbmäßigen Banditen oder Raufbolde (cf. L. 1. §. 4. D. de servo corrupto), oder in einem untergeordneten Verhältnisse, dessen Einfluß mit der Art des Vergehens in keinem zu auffallenden Mißverhältnße steht, wie bei Kindern, Dienstboten, Amtsuntergebenen, liegen. Bei dem Extreme eines eigentlichen Befehls, dem der Untergebene einen passiven Gehorsam schuldig ist oder höchstens durch Remonstrationen entgegenwirken darf, kann ohnehin so wenig ein Zweifel entstehen, als bei der factischen Ueberlegenheit durch Drohungen, Concussionen, welche nach Umständen bei dem physischen Urheber die Zurechnung ganz aufheben [12]) oder doch bedeutend verringern müßten. Aber auch da, wo eine solche Disposition oder Disponibilität nicht angezeigt ist, genügt es zur Zurechnung, wenn 2) der Anstifter durch Corruption oder durch Beweggründe zu bestimmen sucht, welche auf die gemeine Natur des Menschen berechnet sind, namentlich durch Gaben, Aufreizung der Leidenschaft des Zorns, in Aussicht gestellte Befriedigung seines Ehr- oder Geldgeizes ꝛc. Gerade bei dem von Luden geltend gemachten Beispiele des falschen Zeug-

12) Die intellectuelle Urheberschaft hat auch die Eigenheit, daß 1) der physische Urheber ganz unschuldig seyn kann, wie wenn ich jemand durch einen factischen Irrthum verleite, eine Handlung zu begehen, die er unter dieser Voraussetzung für gar kein Verbrechen oder auch für ein geringeres Verbrechen erkennen kann. Die Schuld des Anstifters ist dagegen von der des Thäters darin abhängig, daß, wenn 2) der zum Verbrechen erforderliche animus fehlt, er dennoch des angestifteten Verbrechens schuldig erscheint. So ist derjenige, welcher aus Schadenfreude, also nicht animo lucrandi, jemand zum Stehlen verleitet, des Diebstahls schuldig.

Digitized by Google

nisses stellen unsre Rechtsquellen, besonders Paulus rec. Sent. V, 25. §. 2. dem pecuniam acceperit das dederit von Seiten des Anstifters, zu dessen Vortheil das Zeugniß abgelegt werden soll, als Correlate gegenüber, und ich glaube nicht, daß das dederit durch das acceperit nothwendig bedingt ist, so wenig ich mich mit der buchstäblichen Deutung vereinigen könnte, daß die nackte Annahme auch dann strafällig machen sollte, wenn sie in der Absicht geschehen wäre, die Sache zur Anzeige zu bringen, und daher nur für einen zwar starken, aber doch nicht unumstößlichen Beweis der durch das Geschenk bewirkten Bereitschaft zum falschen Zeugnisse gelten kann, auf die alles ankommt. Eben so dürfte das in unserm Corpus juris so oft vorkommende donum praebuenit nach der grammatischen und etymologischen Bedeutung (von praehibere) schon von dem bloßen Anbieten des Geschenks oder, wie wir zu sagen pflegen, von der Geschenkverehrung zu verstehen seyn, durch die der Anstifter bereits alles gethan hat, was an ihm lag. Ist ja zur Bestechung schon das bloße Verheißen genügend, ungeachtet es kein Klagrecht giebt, und auch die oben allegirte Stelle des Valerius Maximus halte ich für sehr bestärkend, da darin kein Wort steht, daß die materfamilias das Versprechen angenommen und dadurch ihre eigne Keuschheit verdächtigt habe. Uebrigens müßten die Motive auch wirklich von der Art seyn, daß man sich zu ihnen eine Einwirkung auf die gemeine Natur des Menschen verspricht, was zugleich beweiset, wen man vor sich zu haben glaubt, und daher im Falle des Fehlschlagens einer der nicht geringen Injurie entsprechende Abfertigung aussetzt. Bloße Bitten und reinmenschliche Motive der Freundschaft, des Mitleids ꝛc. gehören nicht hieher, wie man aus der L. 6. §. 3. D. de his, qui notantur infamia, argumentiren darf. Das sind Ueberredungen, die nur der

Digitized by Google

Erfolg entscheidet, oder gewissermaßen irrationelle Mittel, weil sie zu dem nur aus der egoistischen Natur des Menschen entspringenden Verbrechen nicht an sich, sondern nur zufällig, gleichsam durch Abirrung oder Ausartung bestimmen. Denn die wahre Freundschaft wird sich hier im Versagen zeigen, und nicht, indem sie mehr den Willen, als das Glück des Fordernden bedrükt, ein schädliches Gut gewähren. Damit hängt es auch zusammen, daß unsere Maximen das, was rein nur aus Mitleid oder Freundschaft geschieht, mehr als Schwachheits-, denn als Bosheits-Sünde betrachten. Delicta atrociora sind freilich aus dieser reinmenschlichen Quelle ohne eine angestammte Verruchtheit oder Verdorbenheit nicht zu erklären, doch aber nicht ganz ausgeschlossen, wie das bekannte Beispiel zeigt, wenn ich einem schwer Verwundeten auf sein Verlangen den Rest gebe, nur um seine Qualen zu enden. In der Mitte liege indessen, wenn eine Geliebte, die ihrem Freunde die Liebe entziehen kann, oder eine Ehefrau, die ihrem Gatten das Leben zu vergällen im Stande ist, diesen bei ihren Verhältnissen beschwört, oder wenn der Kunde den Professionisten oder Krämer, der von seiner Pfuscherei lebt und prostirt, fürchten läßt, er werde nicht mehr bei ihm arbeiten lassen oder einen andern Laden aufsuchen, da sich diese Fälle beziehungsweise entweder dem unter 1. oder dem unter 2. Angeführten nähern. Da Luden selbst den Glauben des Anstifters entscheiden läßt, so muß er in diesen Beispielen eine ungezwungene Erweiterung seines eignen Satzes erkennen.

Damit ist indessen die Lehre von der intellectuellen Urheberschaft noch keineswegs erschöpft. Zu jedem Verbrechen gehört, und es ist im Geiste als vorhanden anzunehmen, die Gewißheit des Subjects, des Objects und der Begehungsart desselben, welche den Thatbestand des

Digitized by Google

selben in der Sinnenwelt als Gegenstand eines möglichen Beweises darstellt. Beim physischen Urheber müssen alle drei Stücke im voraus gewiß seyn, bevor ihm ein Versuch imputirt werden darf, oder, was gleichviel gilt, bevor sein Vorsatz in das Gebiet des Strafrechts fällt. Der dolus generalis, einen Menschen umbringen zu wollen, ist, und sey der Urheber noch so lange mit allerlei Projecten umgegangen, dazu unzureichend, so lange er nicht über die Art und Weise z. B. ob durch Gift, Waffe ꝛc. mit sich einig ist und sich nicht zu einer dieser Arten vollkommen in den Stand gesetzt hat, dieselbe ohne neue Vorbereitung und Unterbrechung begehen zu können. Bei der intellectuellen Urheberschaft müssen wir von dieser Forderung schon bedeutend nachlassen. Zwar ist die ganz allgemeine Aufforderung zu Verbrechen einer gewissen Art die Empfehlung von Handlungen, welche der Staat und die Kirche für Verbrechen oder Laster erklären, wie wenn ein Schriftsteller oder Sprecher durch die reizendsten Einkleidungen Ehebruch und Unzucht als eine preiswürdige Emancipation des Fleisches schildert, ein Vergehen gegen die Sittenpolizei, dem bei einer ernsten Gefahr die Staatsoberaufsicht nach fruchtlosem Verbot auch durch Strafen entgegenwirken soll; aber wem wird es einfallen, diesen aus dem Gesichtspunkte der intellectuellen Urheberschaft aller der Ehebrüche und Unzuchtssünden, welche die Leser seiner Schriften begangen haben, zu würdigen, und noch obendrein die vielen andern in Anschlag zu bringen, die zu Gleichem hätten verführt werden können? — Der Boden, auf den ein solcher Saame fällt, muß so bereitet und empfänglich seyn, daß das Unkraut auch ohne eine solche nie fehlende Beschönigung darauf wuchern konnte, wenn er in Thaten aufgeht, und da weder ein Rechtsirrthum, noch der Wahn, eine durch das Gesetz verbotene Handlung nach dem Gewissen für erlaubt angesehen

Digitized by Google

zu haben, auf der Wage der strafrechtlichen Imputation das Mindeste wiegt, so erscheint der Einfluß auf diese einzelnen Thaten juridisch = 0. Nicht viel anders können wir mit Matthäus, Binnius, Pufendorf u. A. den Fall ansehen, wenn ich jemanden, der sich über Mangel beklagt, den allgemeinen Rath gebe, er solle, um nur zu etwas zu kommen, in Gottes Namen stehlen. Es ist vielleicht nicht zur Unzeit, den sehr richtigen Satz dieser alten Schriftsteller in das Gedächtniß zu rufen, daß in ganz gleichen Verhältnissen ein solcher Mann gegen Mann gegebener genereller Rath, der den Berathenen nicht nur zu keiner Entschuldigung gereicht, sondern auch dessen Gesetzkenntniß und sittliche Grundsätze nicht verkehren kann, gar nicht als strafbar erscheint, und daß Mißbrauch einer Autorität, wie die zur Fortpflanzung und Erhaltung der religiösen und sittlichen Grundsätze bestimmte eines Vaters, Lehrers, Dienstherrn u. s. w., oder des durch die Sprech- und Preßfreiheit gestatteten Rechts, durch Rede oder Schrift zu einem ganzen Publikum zu sprechen, hinzukommen müsse, um eine mindestens polizeiliche Reaction zu begründen. Nicht als ob ein solches consilium generale et simplex eine gleichgültige oder von dem eignen Rechte der freien Mittheilung Gebrauch machende Aeußerung wäre, sie ist so wenig unschuldig, als manche zu den noch entfernten Versuchen gerechnete fraus, — aber der zum Thatbestand eines jeden Verbrechens wesentliche Causalzusammenhang ist unerfindlich, weil der Schluß vom post hoc auf das propter hoc mit den Aerzten hier verworfen werden muß, da dem Berathenen, der auf das offenbarte Wort und nicht auf die Stimme des Verfuchers horchen soll, nicht geglaubt wird, daß er nicht gestohlen, wenn ihm nicht dieser oder jener so zugesprochen hätte, und damit hängt freilich auch der subjective Zweifel zusammen, ob der Rath ernstlich gemeint oder nur eine verblümte Redensart gewesen ist, daß man nicht zu helfen wisse.

Digitized by Google

Das Consilium [13]) muß also ein speciale seyn, um verantwortlich zu machen, welches alsdann der Fall ist, wenn nicht nur das Subject, das es als physischer Urheber zu begehen hat, sondern auch das Object, die Person, gegen welche es begangen werden soll, und das, was diese dadurch leidet, wodurch die meisten Verbrechen erst specificirt werden, oder mindestens irgend ein durch ein Strafgesetz geschütztes geistiges oder materielles Gut — der Gesellschaft oder der Einzelnen, welches durch das Verbrechen verletzt würde, völlig bestimmt sind. Dagegen die Begehungsart des Verbrechens braucht nicht voraus bestimmt zu seyn, wenn sie dem physischen Urheber überlassen und diesem nur überhaupt empirisch möglich ist. Soll die Ungewißheit der Letzteren auf Seiten des Anstifters noch Strafbarkeit begründen, so muß namentlich der Auftrag in dieser Hinsicht im Interesse des Auftraggebers durch eine suspensive Bedingung so beschränkt seyn, daß der physische Urheber ohne vorherige Rücksprache darüber

13) Die Allgemeinheit, in welcher dieses Wort in unserm Corpus juris, namentlich durch das so oft vorkommende ope et consilio bei Verbrechen gebraucht wird, erlaubt es gar nicht, dasselbe durch Rath zu übersetzen. Im Deutschen wird es, wenn nicht vollkommen, doch richtiger durch Anschlag wieder gegeben. Am besten erläutert dies Cicero de inventione L. I. durch die zweimal wiederholte Definition, consilium est aliquid faciendi aut non faciendi, *vere excogitata ratio*. Damit stimmt auch der in unseren juristischen und nicht juristischen Klassikern so oft vorkommende Satz überein, daß, wie bei jedem Verbrechen so auch bei dem Versuche des physischen Urhebers das consilium und nicht das factum, der exitus bestraft werde. Auf die Erklärung Ulpians: consilium dare videtur, qui persuadet et impellit, atque instruit consilio, verdient wohl erwogen und mit den Worten Justinians: certe qui nullam operam (könnte wohl auch auf ein Anliegen in einem eignen, mindestens schadenfrohen Interesse bezogen werden) ad furtum faciendum *adhibuit*, sed tantum consilium (?) dedit, ad furtum faciendum, atque hortatus est, non tenetur furti, ausgeglichen zu werden, wenn man unser gemeines Recht nicht ganz unrecht verstehen will.

Digitized by Google

nicht zum Werke schreiten darf. Denn handelt letzterer in diesem Falle dessen ungeachtet, so hat er, wenn er es sich zu lieb thut, die That allein zu vertreten; geschieht es aber nur dem intellectuellen Urheber zu lieb, so kann diesem der Erfolg höchstens als culpa zugerechnet werden: eine Zurechnung, welche ohne Erfolg nicht statthaft ist, und also den bloßen Versuch undenkbar macht.

Eine analoge Modification dringt sich auf in jener Verschmelzung der intellectuellen und physischen Urheberschaft, welche man Complott nennt, eben deßhalb im Römischen Rechte öfter durch das in einem prägnanten Sinne genommene Gattungswort Consilium bezeichnet (z. B. in der L. 16. pr. D. de poenis). Man sollte diesen Begriff niemals da anwenden, wo die intellectuellen und physischen Urheber getrennt erscheinen, sondern nur da, wo mehrere Mann für Mann aus eignem Interesse sich zu irgend einer, wenn auch nicht immer vorausbestimmten Mitwirkung zum gemeinschaftlichen bösen Werke verbunden haben, welches, weil der Einzelne sich nicht allein getraut oder dazu nicht vermögend wäre, ohne die Rechnung auf diese Mitwirkung gar nicht unternommen würde. Ein Complott darf daher nicht als reif betrachtet werden, wenn man auch über das vorhabende Verbrechen so einig ist, daß im Verhältniß vom intellectuellen Urheber zum physischen die Strafbarkeit des ersteren schon begründet wäre, so lange die Mitglieder desselben über die Art und Weise der Ausführung unter sich noch nichts abgemacht haben, oder noch nicht mit sich einig sind, sondern es wird ein Plan oder Anschlag vorausgesetzt, der nicht nur ausführbar ist, sondern auch auf dem Punkte der Ausführung steht. * Ist es aber einmal so weit gekommen, so gilt ihre Vereinigung schon als Versuch, weil das nur dem gemeinschaftlichen Muth und Willen zugetraute Unternehmen schon über den Schwerpunkt hinaus ist, viele

Digitized by Google

Köpfe unter einen Hut zu bringen, und will in der eingegangenen Verpflichtung ein wechselseitiger Antrieb zum Verbrechen liegt, auf welchen jeder Einzelne sich nicht nur verlassen und wagen kann, sondern durch welchen bei dem erfahrungsmäßigen Einfluß der Gesellschaft auf Erhöhung der Gemüthsbewegungen und Verstärkung der Vorsätze der Einzelne schon wegen des verkehrt wirkenden Ehrtriebs, ganz abgesehen von der von schlechten Gesellen zu fürchtenden Rache, nicht mehr als wahlfrei erscheint. Je mehr dieses sagen will, je gewisser das Selbstgefühl wie der Anspruch auf gleiches Recht einer solchen Befangenheit widerstreben, und Unternehmungen, wozu Mehrere mitwirken müssen, mit Schwierigkeiten umgehen, welche den Wahn, überall in der Welt Complotte zu wittern, eben so empörend, als in das Leere greifend darstellen, um so weniger darf und soll es der Richter mit den Beweisen dieses Moments leicht nehmen. Der Code pénal, welcher das Complott nur bei dem Hochverrathe hervorhebt, definirte dasselbe: Il y a complot dès que la résolution d'agir est *concertée et arrêtée* entre deux ou plusieurs personnes (Art. 89.), und die oben angeführten Commentatoren erklären dieses dahin: Or il n'y a point de contrat, point d'association, si les associés different sur le but, sur la condition, sur les moyens de l'execution, sur la distribution des rôles dans la tragédie du crime: l'unité, voila l'essence du complot. Lorsque le but est vague et indenis, lorsque les conditions ne sont pas arrêtées, que les moyens sont incomplets, que les fonctions ne sont pas distribuées, en un mot lorsque la volonté flotte irrésolue sur l'un ou plusieurs des faits, dont *l'ensemble* compose le crime, il n'y a point d'association, car il n'y a point de concert, il n'y a point d'accord entre les associés; et tous ces

Digitized by Google

préliminaires franchis, il n'y a encore de société criminelle, car il ne suffit pas que la resolution soit prise, la loi exige qu'elle soit definitivement arrêté. Es nimmt mich Wunder, daß in der durch ihre Aufgeweckheit so äußerst interessanten Debatte über den allgemeinen Theil des Württembergischen Strafgesetzbuchs [14]) bei der im Art. 78. wörtlich stehen gebliebenen Definition des Entwurfs, welche statt des bei dem Versuch gewählten Ausdrucks: Ausführung, das zweideutigere und leicht auch auf eine noch ungewisse Zukunft auszudehnende Wort: „Begehung eines bestimmten Verbrechens oder Vergehens" enthält, dieser Punkt weder von der über besorgliche Mißdeutungen sonst übertrieben ängstlichen Opposition ausdrücklich zur Sprache gebracht wurde, noch daß die Regierungs-Commission nicht dem sehr scheinbaren Einwurf des Kanzlers von Wächter gegen die Bestimmung des Artikels 74. des Entwurfs, hier solle der entfernte Versuch (gegen die angenommene Regel) als näher bestraft werden, durch Entwickelung des wahren Sinnes begegneten, daß von nichts anderem die Rede sey, als von einem auf dem Ausbruch stehenden Unternehmen, zu dem alle Triebfedern schon gespannt und zwar so, daß ihre Wirksamkeit nicht mehr blos in der Willkühr des Einzelnen liegt, weil das bestimmte Verbrechen einer Art von moralischer Person angehört, welche ihn als Glied beherrscht. Dieser Sinn wird aber besonders in der Materie vom Hochverrath einleuchtend, da hier der Satz des gemeinen Rechts nach der gewöhnlichen Meinung beibehalten wird, daß bei diesem Verbrechen ein reifes Complott, das bei andern nur noch als Versuch gelte, der Vollendung gleich stehe: ein Satz, gegen dessen materielle Rich-

14) Sechszehnte Sitzung vom 7. Febr. Siehe: Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des Königreichs Württemberg auf dem Landtage von 1838. Bd. II. S. 48—51.

Digitized by Google

tigkeit durchaus nichts einzuwenden ist, obgleich ich der Ansicht bin, daß er nicht aus dem Gesichtspunkte eines ungewöhnlich strafwürdigen Versuchs, sondern aus der Natur des Verbrechens folgt, dessen Thatbestand auf einem Recht und Staat absolut verneinenden Zustande beruht, und das daher auch objectiv vorhanden ist, wo sich eine zum Schutz und Trutz gegen die anerkannte höchste Gewalt im Staate gefaßte Macht gebildet hat, gleichwie das Verbrechen der Brandstiftung schon consummirt ist, wenn die keiner willkührlichen Leitung sich mehr fügende Flamme ausgebrochen ist, mag der Brand auch noch so leicht zu löschen seyn, mag nur ein Strohlager darauf gehen, oder mögen ganze Straßen in Asche gelegt werden. Hiebei nun sagen die Motive des Entwurfs zu Art. 130. (jetzt 140.) ausdrücklich: „Das hochverrätherische Complott ist nur dann Verschwörung im Sinne „des Entwurfs, wenn es schon den Entschluß, zu handeln, den thätigen Angriff zu beginnen, „enthält, wenn die Complottanten nicht blos über den „Angriff überhaupt, sondern auch über die Mittel zur „Ausführung eine bestimmte Verabredung unter sich getroffen haben." Daraus wird man auf dem Standpunkte einer höheren Hermeneutik argumentiren dürfen, daß vermittelst eines Complotts ein wahrer Versuch nur dann rechtlich begründet sey, wenn ein bestimmtes Verbrechen unter Mehreren so concerté und arrêté sey, daß über die Frage: ob sie das Verbrechen begehen werden? zur Stunde kein Zweifel mehr vorliegt, und die übrigens für die Beurtheilung nie unerhebliche etwaige Ungewißheit der Zeit, ob es früher oder später dazu kommt, weder auf einen Mangel des Triebes, noch auf Mangel des Muths hinweiset, sondern auf äußeren Umständen beruht.

Die weitere consequente Durchführung der Gegensätze, daß zum Versuche des physischen Urhebers ein auch hin-

Digitized by Google

hinsichtlich der Begehungsart schon determinirter Vorsatz nothwendig vorausgesetzt wird, daß dagegen eine schon strafbare intellectuelle Urheberschaft möglich ist ohne diese Bedingung, wenn nur das Subject und Object des Verbrechens gewiß, oder das letztere, wie bei gewerbmäßigen Verbrechen, durch Erfolg und Gelegenheit bestimmt wird, in ihrer noch complicirteren Anwendung auf Banden und unerlaubte Körperschaften, muß ich mir wegen ihres Umfangs für ein andermal vorbehalten. Bei beiden ist die gemeinsame Zurechnung so erhöhet, daß sich die intellectuelle Urheberschaft von der physischen wiederum scheiden läßt und auch Manches, was an sich nur die Einzelnen thun, unter dieselbe fällt. Besonders aber haben die letzteren das Eigne, daß, wenn sie gleich an sich nur einer polizeilichen Reaction unterliegen, doch dieselben schon dann den Strafgerichten anheimfallen, wenn sie in der Gestalt bleibender Institute oder eines auf das ganze Publikum hinwirkenden Proselytismus die Neigung zu unzweideutigen Verbrechen einer gewissen Art erzeugen und dieses den Mitgliedern derselben nicht verborgen bleiben konnte. Ich behalte mir diese Ausführung für ein andermal vor, zugleich zu meiner Rechtfertigung gegen den Vorwurf, daß ich in dieser Lehre zu sehr generalisirt und Verbrechen ohne Thatbestand entwickelt habe. Ich lebe der zuversichtlichen Hoffnung, daß mir ein ächter Liberalismus zuletzt beifallen muß, und gern vorgefaßte Meinungen gegen Principien austauschen wird, welche in dieselbe gerade die erforderliche Bestimmtheit bringen, das Verbrecherische von dem Unschuldigen, und geringere Staatsvergehen von den schwersten Verbrechen zu unterscheiden. Denn die Humanität söhnt sich hier mit dem strengen Rechte dadurch aus, wie es meiner Meinung nach in unserm gemeinen Rechte geschehen ist, daß man die bei einfachen, keines bleibenden Organismus bedürfti-

Digitized by Google

gen Complotten gar nicht strafbare Neigung, welche methodisch fortgepflanzt wird, nicht, wie man sonst nicht umhin kann, als Versuch, sondern als außerordentliches Verbrechen würdigt, was bei diesen das wahre Verbrechen in eccentrischen Bahnen umlaufenden Conaten nach Umständen eine sehr gelinde Strafbemessung zuläßt.

Jetzt aber erlaube ich mir noch aus einer, nicht allen Lesern des Archivs zugänglichen Zeitschrift [15]) ein Präjudiz anzuführen, das ich in Beziehung auf das über den Anfangspunkt der Strafbarkeit des intellectuellen Urhebers Gesagte um so getroster als Autorität anrufen darf, da das darin berührte Erkenntniß erster Instanz nicht von hiesigem Gerichtshofe, und die in letzter Instanz erfolgte Entscheidung von dem Königlichen Obertribunal ausgegangen ist, welche, wenn sie dem Publikum so wohl gefällt, als mir, eine unverkennbare Frucht des von Mittermaier der Lehre vom Versuch zuerst gegebenen Anstoßes ist, während die gewöhnliche Doctrin den betreffenden Gerichtshof vollkommen entschuldigen muß.

Ein Bauer von P. hatte der in Schulden steckenden Wittwe B., 14 Tage bevor er sich mit ihr verlobte, mündlich den Vorschlag gemacht, er wolle eine falsche Urkunde verfertigen, als ob er ihr und ihrem verstorbenen Ehemanne die Summe von 1200 Fl. geliehen hätte, sie solle sich alsdann verganten lassen, damit ihre Gläubiger auf diese Weise betrogen würden. Sie nahm jedoch den Vor-

15) Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg, redigirt durch A. Sarwery, Oberamtsrichter. Erster Band. Ludwigsburg 1837. S. 296 u. 297. Diese im Inlande durch einen starken Absatz gehobene und besonders im civilistischen Fache durch ausgezeichnete Beiträge unterstützte Zeitschrift verdient auch die Aufmerksamkeit des Auslandes. Mit dem neuen Strafgesetzbuche wird sie auch eine stärkere Richtung auf das Criminalfach nehmen.

Digitized by Google

schlag nicht an, und es unterblieb alles Weitere in Beziehung auf dieses Project.

Das betreffende Kreisgericht legte dem Angeschuldigten „einen entfernten Versuch der Fälschung einer Privaturkunde zum Zwecke eines großen Betrugs" zur Last, und verurtheilte ihn deshalb, so wie wegen unter mildernden Umständen sich zu Schuld gebrachten Concubinats, zu einer 4½ monatlichen Arbeitshausstrafe.

Das Königliche Obertribunal dagegen sprach ihn von der ersten Anschuldigung frei und bemerkte in den Entscheidungsgründen:

„In der blos wörtlichen Aeußerung der Geneigtheit, „in Gemeinschaft mit der B. mittelst Fälschung eines „Schuldscheins auf 1200 Fl. ihre Gläubiger zu betrügen, „vermochte man einen entfernten Versuch der Ausführung „des Verbrechens oder eine äußere Handlung, durch welche „die Vollbringung des bereits festbeschlossenen Verbrechens „begonnen oder vorbereitet werden sollte (vergl. Art. 178. „der C. C. C.), nicht zu erblicken."

„Nach den Aussagen der Zeugen erscheint vielmehr „der gedachte Vorschlag lediglich als ein, sofort wieder „aufgegebenes Project, als ein vielleicht augenblicklicher „Einfall, zu dessen Realisirung vor allen ein gemeinschaftlicher Entschluß des P. und der B. oder ein „Complott erforderlich gewesen wäre, welches nicht „zu Stande kam, und durch dessen Eingehung aber erst „die Ausführung des fraglichen Verbrechens vorbereitet „oder begonnen seyn würde.

„Uebrigens wäre der Recurrent, selbst wenn sein „mehrerwähnter Vorschlag wirklich als ein erschwerter „Versuch eines mittelst Fälschung zu verübenden Betrugs „anzusehen, darum straffrei zu lassen gewesen, weil er

Digitized by Google

„sogleich, und zwar, wie der einzeln stehenden, sonst „nicht erwiesenen Aussage des Zeugen J. ungeachtet, in „favorem defensionis anzunehmen, freiwillig wieder „von demselben abgestanden ist.“

Daß diese Motivirung manchen Anstoß erregt hat, war von ihrer Kühnheit zu erwarten. Das Anstößige liegt jedoch gewiß nicht in der Sache, sondern höchstens in der Einkleidung, daß so geradezu der Vorsatz des Angeschuldigten als ein blos augenblicklicher Einfall hervorgehoben und sein Abstehen vom Versuch ein freiwilliges genannt wird, was sich nicht ohne Schein bestreiten ließ, da er ein eignes Interesse an der That hatte, die ohne die fehlgeschlagene Mitwirkung der Verlobten gar nicht ausgeführt werden konnte, und sich also auch ohne seinen guten Willen von selbst verbot. Allein die Hauptgründe bleiben dessen ungeachtet neben dieser blos hypothetischen Exposition bestehen, da einmal die Initiative von dem physischen Urheber ausging, der dadurch, daß er für seine That einen intellectuellen Miturheber noch zu gewinnen sucht, nicht härter zu beurtheilen ist, als wenn er sie für sich allein auszuführen vorhat, in welchem Fall niemand demjenigen, der sich blos vornimmt, eine falsche Urkunde zu fertigen, einen Versuch imputiren wird, bevor er zum Werke geschritten ist, mag er auch hintennach gehindert seyn, davon Gebrauch zu machen. Da aber zweitens die Ausführung ohne die Verlobte nicht möglich war, so konnte sein eigner Vorsatz nur durch ihre Einwilligung bedingt seyn, und es liegt wenigstens in dem bloßen Vorschlag kein Beweis, daß er nicht eben so gut auf den Eintritt, als auf das Wegfallen dieser Bedingung gefaßt, daß also der Vorschlag mehr als ein bloßes Project, oder ein Gedanke war, mithin einem freiwilligen Abstehen gleichkommt, ja dasselbe noch übertrifft. Um

Digitized by Google

mehr anzunehmen, hätte ein fortgesetztes Zusetzen durch Drohungen, Gaben, Versprechungen hinzukommen müssen. Drittens, da man bei Verbrechen, die nur durch Zusammenwirken Mehrer möglich sind, das zu Stande gekommene Complott selbst nur als Versuch betrachtet, so kann man consequent die dazu getroffene Einleitung nicht ebenfalls als Versuch betrachten, weil man sonst in einen Progressum in infinitum geräth.

Digitized by Google

XXII.

Ueber die Statthaftigkeit der gerichtlichen Verhaftung wegen Besorgniß vor Collusionen.

Von
dem Großherzoglich Hessischen Criminalrichter
Friedrich Noellner
zu Gießen.

Erfahrene Rechtsgelehrte haben eine der wichtigsten, aber auch schwierigsten Aufgaben für die Strafprozeßgesetzgebung darin erkannt, die Materie von der Verhaftung eines Angeklagten oder Verdächtigen zu behandeln, und weder allzuschwankende, noch allzubestimmte Grundsätze über die Fälle der Zulässigkeit der Haft und über die Formen der Vollziehung derselben aufzustellen [1]). Aber gerade die Frage, in wiefern die Verhaftung wegen Gefahr vor Collusionen zu rechtfertigen sey, erzeugt, bei dem Bemühen sie nach dem Grundcharakter des deutschen Inquisitionsprozesses zu lösen, die größten Schwierigkeiten. Die Wichtigkeit dieser Frage ist bereits in dieser Zeitschrift [2]) von Mittermaier hervorgehoben worden, namentlich mit Rücksicht auf den Mißbrauch, welcher im Criminalprozesse davon gemacht wird: eine Wahrnehmung,

1) Weber in diesem Archive Bd. V. St. 4. S. 509.

2) Jahrgang 1834. S. 276 ff.

Digitized by Google

welche wahrscheinlich bei der Aussicht auf die unzuverläßigen Mittel, diesem Unfuge prävenirend entgegenzuwirken, eine andere Ansicht desselben Gelehrten zur Folge hatte, nach welcher durch eine weise Gesetzgebung jener Arrest ganz verbannt werden müsse [3]).

Es wird hier natürlich nur die Rede seyn von Collusionen, welche befürchtet werden zwischen Angeklagten unter einander und gegenüber den Zeugen; denn daß Zeugen aus solchem Grunde nicht verhaftet werden dürfen, darüber ist in der Theorie kein Zweifel [4]), obwohl in der Praxis Fälle vom Gegentheil vorgekommen sind.

Sieht man zunächst auf die Ursachen, aus welchen die Furcht vor Collusionen oft zu einem eitlen Gespenst bei Inquirenten geworden ist, welches aber in der Praxis zum Nachtheile der Angeklagten häufiger spukt, als man in unsern aufgeklärten Zeiten erwarten sollte, so findet man sie theils in der Person einzelner Inquirenten, theils im mangelhaften Zustande der Gesetze.

Wirft man auf jede dieser Ursachen einen Blick, so hat

A. jeder Untersuchungsrichter die Aufgabe, in einem gegebenen Falle die Wahrheit zu enthüllen; nachdem über dem Farrenziemer ein Auto da fe erkannt worden ist, ist der Inquirent darauf hingewiesen, durch geistige Gewandtheit und durch Humanität die Hartnäckigkeit der Angeklagten zu beugen. Er soll zwar auch für die Unschuld bedacht seyn, allein der Glaube an diese fängt zu wanken an, wenn gegen Jemanden schon einige Anschuldigungsbeweise entdeckt worden sind. Der erste Anstoß für den

3) Archiv für die neueste Gesetzgebung aller deutschen Staaten v. Müller Bd. IV. S. 258. 268. Nr. 6. — Vergl. jedoch Mittermaier deutsch. Strafverfahren. ꝛc. §. 67.

4) L. 3. D. *de quaest.* (48. 18.) Testes torquendi non sunt, convincendi mendacii, aut veritatis gratia.

Digitized by Google

Unterſuchungsrichter beſteht in dem Satze, daß ein Verbrechen verübt worden, der Verdächtige der Thäter ſey; unbemerkt ſetzt Jener in dieſer zuerſt genommenen und entſcheidenden Richtung ſeine Thätigkeit fort, die Vorliebe für dieſen Geſichtspunkt wird durch die Conſequenz unterſtützt; iſt die Conſtellation für die Schuld gemacht, ſo ſoll der Erfolg ſie rechtfertigen. Die vorzüglichſte Aufmerkſamkeit wird alſo ſtets auf die Ueberführung des Verdächtigen gerichtet werden [1]). Dieſem Bemühen ſtellen ſich aber meiſt außerordentliche Hemmniſſe entgegen, weil es dem Angeklagten eben ſo oft darum gilt, die Wahrheit zu unterdrücken. Das Streben des Letzten wird auf's Aeuſſerſte erhöht durch ſein eignes höchſtes Intereſſe, den Beweis der Schuld von ſich abzuwenden, er gebraucht alle Mittel der Täuſchung, welche ihm die Cautel anrathet, er iſt dem Inquirenten gegenüber im Vortheil, weil er den Fall genau kennt und ſeine Maaßregeln am ſicherſten zu treffen weiß, während dieſer im Finſtern tappt und manchen Irrweg betreten muß, ehe er den Faden zum Gange aus dem Labyrinthe findet. Die Inquirenten fühlen dieſe Ungleichheit ſchmerzlich, ſie befürchten ihr Unterliegen in jenem geiſtigen Kampfe, zumal einem notoriſch verſchmitzten Angeklagten gegenüber, ſie befürchten durch öfteres Unterliegen ihr Renommee einzubüßen, weil man diejenigen vorzüglich ſchätzt, welchen es am häufigſten gelingt, die Verdächtigen der Strafe zu überliefern, und ſo ſuchen ſie jene Ungleichheit — durch die Verhaftung auszugleichen. Zu dieſer ſind rechtliche Gründe nöthig und ſie werden am leichteſten in der ſ. g. Furcht vor Colluſionen gefunden, während ſie in der That nur in der Furcht vor dem Siege des Angeſchuldigten beſteht. Befindet ſich dieſer einmal in Haft, ſo ſteht

5) Archiv (altes) des Criminalrechts Bd. VI. St. 4. S. 113 ff.

Digitized by Google

dem Inquirenten zur Häufung von Anschuldigungsbeweisen die ganze Welt offen, während sein Inculpat warten muß, wie und wann dieses gelingt, und es ihm sehr erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht wird, in gleicher Weise seine Vertheidigungsmittel zu gebrauchen. Aber eben dieses Erwarten, wann die Beweisführung zu Stande kommen werde, ist die peinliche Lage, in welcher sich nun der Angeklagte im Gefängnisse befindet, sie ist eine wahre geistige Tortur; die Hoffnung läßt ihn in die Zukunft blicken, um dem gegenwärtigen Uebel zu entgehen, und nun erfolgt das Bekenntniß, es erfolgt um so eher, weil die Furcht vor Collusionen den Richter hindert, ihm einen Mitgeschwornen beizugesellen und er dadurch ganz außer aller Gemeinschaft von Menschen, bei welchen er, wenn auch nur in der Unterhaltung, einigen Trost suchen kann, umlagert von den Dienern der Gerechtigkeit, ausschließlich der folternden Pein seines Gewissens preisgegeben ist, während er mit Gewißheit der beruhigenden Aussicht, selbst am Strafforte seinen Trieb nach Geselligkeit befriedigen zu können, entgegenblickt.

Dies sind unstreitig die Gründe, welche häufig unrechtmäßige Verhaftungen wegen befürchteter Collusionen von Seite der Inquirenten herbeiführen, ohne daß vielleicht manche derselben sich der wahren Motive dazu klar bewußt geworden sind. Es kommt hinzu, daß Andere, wohl überzeugt von ihrer Voreiligkeit und von der Schwierigkeit, daß ihnen in vielen Fällen klar erwiesen werden könne, wie ihre Furcht tadelnswerth gewesen, mit Zuversässigkeit erwarten, der Angeklagte, abgeschnitten von der Außenwelt, werde bald durch seine eignen Aussagen die Verhaftung selbst rechtfertigen, den übereilten ersten Schritt des Untersuchungsrichters selbst hinterher wieder gut machen.

Digitized by Google

B. Der mangelhafte Zustand der Gesetze trägt nicht weniger dazu bei, die Gefahren für Angeklagte, unter dem an und für sich unbegründeten Titel der Collusionen verhaftet zu werden, zu steigern.

Nimmt man die gemeinrechtlichen Bestimmungen ins Auge, so sind sie sowohl im Strafrechte, als auch im Strafprozesse insbesondere, sehr werthlos, so daß die Lücken durch Rechtsgelehrte, ergänzende Verordnungen, Gerichtsgebrauch u. s. w. ausgefüllt worden sind; gerade wegen dieses buntscheckigen Gemengsels sind sie aber auch unbestimmt und folglich für die persönliche Sicherheit der Angeklagten nicht Gewähr leistend. Der Richter ist zum Legislator des einzelnen Falles erhoben, in der einen Provinz desselben Landes hält das Gericht eine Thatsache für ein Verbrechen, in der andern ein zweites Gericht ganz dieselbe für straflos; in dieser verurtheilt man auf Indicien, in jener hält man einen damit construirten Beweis in Betracht des Art. 22. der P. G. O. für reine Willkühr und eine sehr zu tadelnde Neuerungssucht. Bei so zweifelhaftem Rechtszustande muß es dem Einen nicht schwer fallen, die Furcht vor Collusionen zu begründen, während der Andere darin das schreiendste Unrecht findet. Es ist klar, daß das Uebel nicht gehoben wird durch alleinige Vorschriften über die Statthaftigkeit des Arrestes, denn diese müssen stets ihr Fundament in einem zeitgemäßen Codex über die Natur der Verbrechen, Gesetze und Strafen haben. Wo man die Anwendung des Indicienbeweises für ungesetzlich hält, bleibt bei der Seltenheit einer unmittelbaren Beweisführung dem Inquirenten durchaus nichts übrig, als Alles aufzubieten, um das Bekenntniß des Angeschuldigten zu erwirken, und da hier das Meiste von des Letzten gutem Willen abhängt, so läßt sich Jener, wenn er Hartnäckigkeit und Verstocktheit findet, leicht dazu verleiten, dasselbe zu forciren, es geschehe dies nun durch unrechtmäßige Ver-

Digitized by Google

haftungen, oder auf andre Art. Man concludirt dann regelmäßig also: Der Inculpat ist aus diesen oder jenen Gründen verdächtig, ein Verbrechen verübt zu haben, seine Aussagen accommodiren sich nicht diesen Gründen, sondern er läugnet; aus dieser Verletzung seiner Pflicht zur Wahrheit erhellt, welche Schwierigkeiten er der Untersuchung entgegenstellt, wie er in Aussicht auf den Zweck der Straflosigkeit alle Mittel aufbieten wird, diese zu erreichen, namentlich durch Collusionen. Die Unstichhaltigkeit der eingeschobenen Mittelglieder dieses Schlusses zeigt sich von selbst.

Die Frage: wodurch und wann hält man die Verhaftung wegen zu befürchtender Collusionen, welche die Untersuchungsführung (denn diejenige wegen Verdachts der Flucht soll die Strafvollziehung möglich machen) für rechtlich begründet? führt auf die allgemeinere: wie kommt der Staat allgemein dazu, denjenigen, welcher eines Verbrechens angeklagt ist, schon vor dem Urtheile zu verhaften? Eine gedrängte Würdigung dieser Frage muß nothwendig der zur Beantwortung aufgestellten speciellen Erörterung vorausgehen.

Die Untersuchungshaft ist ein Uebel, ein sehr empfindliches, ja in mancher Beziehung ein größeres Uebel, als eine wirklich erkannte Freiheitsstrafe. Schon die Arrestlocale müssen für Untersuchungsgefangene ihrem Zwecke nach ganz anders eingerichtet und weit beschwerlicher, als für Strafgefangene seyn. Der Angeklagte, verhaftet zur Ausführung der Untersuchung, wird plötzlich aus allen bürgerlichen Verhältnissen gerissen, seine Ehre ist bedroht, die öffentliche Meinung bricht jetzt schon über ihn den Stab, er ist abgeschnitten von aller Welt, völlig isolirt, er gehört ganz dem Inquirenten an, welcher die Gränze nach Außen sorgsam bewacht. Zu dieser Einsam-

Digitized by Google

heit; zu dieser, mit allen Vorsichtsmaßregeln überwachten Verwahrung, kommt nun noch der Zweifel des Verhafteten über das endliche Resultat des Prozesses, vielleicht die Sorge um Gesundheit, Familie, Geschäft, die berechnetsten Angriffe des Untersuchungsrichters durch fortgesetzte Verhöre steigern diese Gemüthsunruhe: kurz man muß eingestehen, daß ein solcher Arrest, selbst bei dem schuldlosesten Gewissen, eine Pein sey, zu deren Verhängung nur die allerwichtigsten Gründe auffordern können. Man sieht sich jetzt mit Recht nach den letzten Gründen eines so außerordentlichen Schrittes um, in der Erinnerung an die noch nicht so lange entschwundenen lettres de cachet u. s. w. darauf bedacht, die Gränzlinie zwischen Recht und Willkühr so genau als möglich abzustecken. — Von dem Ankläger, oder im Inquisitionsprozesse von dem Untersuchungsbeamten, muß, so kann man einwenden, der Beweis des Verbrechens gegen eine bestimmte Person geführt werden; so lange dieser Beweis nach gesetzlichen Regeln nicht vollständig erbracht ist, kann, der Natur der Sache nach, dem Angeklagten kein Uebel bereitet werden, am wenigsten ein solches, welches darauf berechnet ist, als Mittel zu dienen, um die gesetzliche Strafe herbeizuführen, als Mittel, welches, obwohl seinem erklärten Zwecke nach, nicht auf Zwang zum Bekenntnisse gerichtet, diesen Zwang dennoch in der That enthält. Man könnte zwar entgegnen, die Aufgabe des deutschen Criminalprozesses sey Erforschung der Wahrheit, des Inquirenten Pflicht sey es daher, sowohl für Ermittelung der Schuld als der Unschuld des Angeklagten zu wirken; allein dieser Doppelzweck zeigt sich sehr einseitig bei Vollziehung der Haft, weil es eine Absurdität wäre, Jemanden ein gewisses Uebel zu bereiten, um ihn von einem möglicher Weise eintretenden zu sichern, ihm ein Recht der Vertheidigung zu geben und ihm als Correlat die Pflicht

Digitized by Google

des Untersuchungsarrestes aufzuerlegen. Die Philosophie des Rechts scheint hiernach über ein solches Verfahren das Verdammungsurtheil auszusprechen, so wie man zu glauben versucht wird, daß die allverehrte Themis nur darum die Binde vor die Augen genommen habe, um blindlings desto besser zugreifen zu können.

Die Erfahrung lehet jedoch, daß man mit diesem auf die Grundpfeiler der Humanität gebauten Raisonnement bei der Ausführung nicht weit kommt, um den Zweck des Criminalprozesses in einer Weise zu erreichen, wie ihn das Staatswohl erheischt. Humanität soll der Gesetzgeber, der Richter zeigen, beide sollen die Menschenwürde achten, dies ist das moderne Losungswort. Ganz recht; mit vollem Grunde klagt man, daß unsere gemeinrechtliche Legislation, deren Ursprung in Zeiten fällt, wo die philosophische Rechtslehre noch nicht ihr Kindheitsalter erreicht hatte, die Zeichen düsterer Barbarei an sich trage, mit Recht verlangt man eine zeitgemäßere Organisation des Criminalprozesses, seitdem die Doctrin den geltenden zu einem Todtengerippe skelettirte und man das morsche Gebäude in der Willkühr, um mit Feuerbach zu reden, mit der Fackel der Philosophie und Vernunft zu beleuchten anfing. Man vergesse aber bei diesem, an und für sich edlen Streben, nicht, daß man, unter diesem angenommenen Namen der Humanität gegen den Einzelnen, häufig eine Inhumanität gegen die Gesammtheit der Staatsbürger vertheidigt und unter jenem lockenden Aushängeschilde ein wahres Asyl für das Verbrechen begründet, dessen Gefährlichkeit für Sitte, Recht und Ordnung derjenige bald erkennt, welcher sich nicht blos einem Ideale humanistischer Vervollkommnung der Welt hingiebt, sondern auch mit der Erfahrung Hand in Hand im praktischen Leben fortschreitet *). Es besteht das im Interesse der Ge-

Digitized by Google

sammtheit begründete Recht des Staates, Verbrechen zu entdecken und zu bestrafen und Alles, was dieses Recht vereiteln könnte, zu verhindern, allerdings mit möglichster Beachtung des Rechtes auf persönliche Freiheit seiner Angehörigen. Zur Verwirklichung des Rechtsgesetzes ist Sicherstellung der Rechte aller Bürger des Staates und jedes Einzelnen gegen die Eingriffe pflichtwidrig gesinnter Menschen nothwendig. Um die Strafgesetze in Ausführung zu bringen, muß, bei Ungewißheit des Rechtsfalles, der Entscheidung Untersuchung vorausgehen. Entäußerte sich der Staat der Mittel, diese sachgemäß zu führen, so würde das ganze Strafrecht illusorisch, die Realisirung des Staatszwecks vereitelt. Es kommt daher nur darauf an, nachzuweisen, daß die Verhaftung als ein solches Mittel nothwendig sey.

Zu jeder Verhaftung wird ein gewisser Grad des Verdachtes dafür, daß eine bestimmte Person sich eines nicht leichten Verbrechens schuldig gemacht habe, vorausgesetzt. Von einer Gleichheit der Rechte zwischen dem Staate und dem einzelnen Staatsbürger kann schon im Allgemeinen, wie etwa unter den streitenden Theilen im Civilprozesse, nicht die Rede seyn; das Privatinteresse muß hier dem öffentlichen Wohle weichen. Zudem besteht da eine Gleichheit der Verhältnisse nicht, wo gegen eine Person schon ein gewisser Grad des Verdachtes, oder, mit andern Worten, ein Theil des Beweises gegen dieselbe vorhanden ist. Finden ja sogar in Civilstreitigkeiten, nach den bürgerlichen Gesetzen fast aller Völker, wenn von Seite des einen der Litiganten, statt vollen Beweises, nur

---

6) L. 11. D. *de poenis* (48. 8.) „nec enim aut severitatis aut clementiae gloria affectanda est." — Puchta in diesem Archive Bd. IV. S. 442. 443. — Klein Annalen ꝛc. Bd. XX. S. 253.

Digitized by Google

eine Bescheinigung beigebracht wird, zur Beseitigung jeder Gefahr für das Privatinteresse, also um die Rechtsgleichheit in der Zukunft nicht zu gefährden, provisorische Anordnungen des Richters, wie Besitzeinweisungen, Arrestbestrickungen u. s. w. Statt. Es ist darum gar nicht nothwendig, Verhaftungen aus einem s. g. Nothrechte des Staats abzuleiten [7]), wenn man damit nicht einen sehr allgemeinen Begriff verbindet. So wie denn auch der Staat durch Strafgesetze Verbrechen verhüten will, indem er diese mit Uebeln bedroht, so und im Verhältnisse mit dem Grade des drohenden Uebels suchen die Bedrohten nicht allein jene Verbrechen im Verborgenen auszuführen, sondern auch diese, wenn sie vollbracht sind, im Interesse ihrer eigenen Sicherheit, mit dem Schleier des tiefsten Geheimnisses zu verbergen, also zu verhüten, daß das Strafgesetz in Erfüllung gehe. Die Schwierigkeit der Enthüllung jenes Geheimnisses ist folglich an und für sich sehr groß, allein der Richter hat alsdann die Wahrheit in ihren verborgensten Tiefen aufzusuchen, wenn der Verbrecher die Gewißheit erlangt, daß man seinem Wirken auf der Spur sey. Wird dieser da wohl die Hände ruhig in den Schooß legen und müßig zusehen, wie es der rastlosen Thätigkeit des Inquirenten gelingt, sein Netz immer mehr zusammenzuziehen und wie die Fäden schon in Bereitschaft sind, ihn vollends zu umgarnen? Nein, man müßte aller Menschenkenntniß ledig, man müßte ganz ohne Erfahrung seyn über das tägliche Treiben von der Macht der Nemesis und des Criminalverfahrens bedrängter Verbrecher, wenn man nicht annehmen wollte, daß sie nicht Alles aufbieten sollten zu ihrer Rettung, wo die höchsten irdischen Güter auf dem Spiele stehen. Da sta-

7) Zachariä Anfangsgründe des philosoph. Criminalrechts §. 74. Oersted in diesem Archive Bd. V. S. 372. 628.

Digitized by Google

chelt der Egoismus die äußersten Kräfte auf, und indem das böse Gewissen die Wahrheit bekämpft, die Herzensangst die Gefahr vergrößert und näher rückt, als sie wirklich ist, wird der sonst Einfältige zum Listigen, der Träge zu nie geahnter Thätigkeit entflammt, der Schwache zu den kühnsten Unternehmungen angespornt, Jeder spielt seine Rolle aufs trefflichste. Alle diese Intriguen, diese rastlosen Bestrebungen, die Wahrheit nicht aufkommen zu lassen, würden in den meisten Fällen den beabsichtigten Erfolg wirklich erreichen, wenn der Staat nicht durch irgend ein Mittel die bestehende Ungleichheit zwischen dem Untersuchungsrichter und dem Angeschuldigten aufzuheben suchte. Welches könnte es nun anders seyn, als die vorläufige Verwahrung an einem Orte, wo der Angeklagte von den besorgten Unternehmungen gegen die Strafrechtspflege abgeschnitten ist? Denn eine Sicherheitsleistung ist unstatthaft, es sey dies nun eine reelle, oder eidliche, eine vom Angeklagten selbst, oder von Dritten geleistete [8]). Alle diese Cautionen mögen wohl den wegen Verdachts der Flucht verhängten Arrest aufheben können, bei der Haft wegen begründeter Besorgniß vor Collusionen können sie nicht vorkommen. Sie sichern schon im Allgemeinen nicht, weil die Entdeckung von Verabredungen, welche dennoch Statt gehabt haben, meist sehr schwierig ist; Realcautionen durch Dritte geben keine Gewähr, weil sie stets voraussetzen, daß der Angeklagte sie selbst nicht leisten könne, oder wolle, und das Gericht in die doppelt unangenehme Lage versetzen, im Fall der Angeklagte colludirt, theils die Untersuchung vereitelt zu sehen, theils einen hierbei ganz Unbetheiligten für den Thäter bestrafen zu müssen; der Angeschuldigte, welcher selbst eine Caution stellt, wird

8) Henke Handbuch des Criminalrechts Bd. IV. (1838.) S. 629—634.

Digitized by Google

gern sich der Gefahr aussetzen, diese einzubüßen, wenn ihm als Aequivalent Straflosigkeit erwartet; endlich die eidliche Angelobung könnte höchstens in Fällen zulässig seyn, in welchen den Angeklagten eine geringere Strafe bedraht, wo Verhaftungen wegen Collusionen nicht leicht gerechtfertigt werden können, sie setzt vollkommenes Vertrauen in die Rechtlichkeit und Religiosität des Schwörenden voraus, während dieser doch wegen eines Verbrechens vor Gericht steht, und außerdem bietet sich zu viel Anreizung zum Eidesbruche dar, eben mit Rücksicht auf die Hoffnung, es werde die Collusion nicht entdeckt und das alte und neue Verbrechen straflos bleiben, zu welchem letztern der Richter selbst Gelegenheit geboten hätte.

Die Verhaftung, welche drohende Collusionen vereiteln soll, ist nach diesen Prämissen im Allgemeinen gerechtfertigt.

Die Geschichte lehrt auch, daß diese Maaßregel bei allen Völkern, welche einigermaßen die Stufen der Cultur erreicht und einen geregelten Untersuchungsprozeß eingeführt hatten, durch die Erfahrung geboten war. Es würde das Ziel überschreiten, welches dieser Aufsatz verfolgt, wenn hier eine historische Darstellung darüber geliefert werden wollte, wie die Verhaftungen zur Entdeckung von Verbrechen bei verschiedenen Nationen gehandhabt wurden. Ein Hinblick von dem Sonst zu dem Jetzt giebt jedenfalls das Resultat, daß wir uns glücklich preisen dürfen, in Zeiten zu leben, in welchen die Menschenwürde auf's höchste beachtet wird, in welchen es Regierungen giebt, welche das Wohl der Gesammtheit mit demjenigen des Staatsbürgers glücklich zu vereinen und so die endliche Aufgabe des Staates mit gekröntem Erfolge zu lösen wissen.

Digitized by Google

Sieht man nach diesen Betrachtungen auf die Vorschriften des gemeinen Rechts, welche sich auf Verhaftungen wegen Collusionen beziehen, so fällt alsbald auf, daß sowohl das Römische, als auch das kanonische Recht und die Carolina durchaus nichts Erhebliches darüber enthalten. Der jetzige deutsche Untersuchungsprozeß ist ein ganz anderer, als derjenige war, welchen jene Gesetze stets im Auge haben, die Doctrin hat ein ganz neues Gebäude aufgeführt und Niemand nimmt sich die Mühe, die alten Bruchstücke zusammenzusuchen, welche zur Beantwortung unserer Frage möglichen Weise dienen könnten.

Die Stellen des R. R., welche von Verhaftungen sprechen, finden sich vornehmlich in dem Pandektentitel de custodia et exhib. reorum (48. 3.) und im Titel des Codex de exhib. et transmittendis reis (9. 3.). Die hier und dort gesammelten Fragmente beziehen sich auf die Art der Bewachung und die Mittel der Aufhebung der Haft von Angeklagten, welche der Flucht verdächtig sind; über die Bedingungen eines Arrestes wegen Collusionen ist nirgends die Rede, wenn man nicht den Worten und dem Sinne einiger Stellen Gewalt anthun und wenn man sich nicht mit dem Streben der neuern Zeit, aus den Trümmern des ältern Rechts ein Ganzes zu bilden, welches am Ende nur als Phantasiegebilde erscheint, fortreißen läßt. Humane Bestimmungen darüber darf man auch nicht in einem Gesetzbuche suchen, welches, obgleich manche schöne Ideen über Recht und Billigkeit, im Strafrechte eine empfindliche Tortur zur Erpressung der Wahrheit kennt, häufig von tormenta, fustium admonitio, flagellorum castigatio, vinculorum verberatio, und von Strafarten, wie ad furcam damnatio, vivi crematio, poena metalli, ad bestias damnatio u. s. w.

Digitized by Google

spricht. Das R. R. enthält zwar ganz zweckmäßige Vorschriften zur Beschleunigung der Criminalprozesse, allein die Mittel dazu waren oft schlecht genug gewählt [9]), und selbst die letzte Geschichte des Römischen Staats zeigt, wie wenig der ausgezeichnetsten Männer für ihre persönliche Freiheit nicht die geringste Garantie gegeben war.

Das kanonische Recht bezweckte überhaupt nicht, in der Criminalprozedur Neuerungen vorzunehmen, noch weniger willkührlichen Verhaftungen zu begegnen. Wenn Torquemada's Instructionen Aehnlichkeit mit der Carolina haben, so liegt der Grund darin, weil sie aus der nämlichen Quelle, dem geistlichen Rechte, schöpften [10]).

Die Carolina wollte bekanntlich ebenfalls kein neues System im Strafprozesse aufbauen. Sie selbst [11]) gravirt zu sehr den Verdächtigen, läßt ohne nähere Unterscheidung den Prozeß mit der Haft beginnen und giebt den Angeschuldigten überhaupt ganz in des Richters Hände. Zu ihrer Zeit war die Achtung für die höchsten Güter der Menschen nicht so hoch und rein wie jetzt; die Entziehung der Freiheit ward kaum als ein Uebel angesehen, und das Sprichwort hatte praktischen Werth: „große Diebe läßt man laufen, kleine hängt man." Detentions- und Straf-Gefängnisse waren damals nicht von einander getrennt, beide in dem beklagenswerthesten Zustande, Angeschuldigte befanden sich also schon vor dem Urtheile am Straforte und schmachteten mit den schwersten Verbrechern in einem

9) z. B. l. 1. C. 9. 4.

10) Abegg Grundriß zu Vorlesungen über den rc. Criminalprozeß S. XII.

11) Rosshirt in diesem Archive Bd. VIII. S. 623. §. 7. S. 626. §. 9.

locale. Solche Mißbräuche wollte der art. 218. C. C. C. abschaffen, die Gefängnisse sollten nicht zur Peinigung, sondern zur Verwahrung der Gefangenen eingerichtet werden.

Aus dem art. 11. C. C. C. wird nun das Recht des Richters, den Angeklagten, selbst wenn er nicht fluchtverdächtig ist, wegen Gefahr der Collusion zu verhaften, abgeleitet. Man beruft sich stets auf diesen Artikel, um jene Befugniß zu vindiciren, man hat sogar wegen Gleichheit des Grundes die Verfügung ausdehnen zu dürfen geglaubt. So gewiß ist man seiner Sache, daß man, ohne zu prüfen, ob das Fundament nicht in die Luft gebaut sey, immer weiter darauf fortbaute.

Während sich die Art. 6 bis 10. zunächst auf den Inquisitionsprozeß beziehen, spricht der Art. 11. von dem Anklageverfahren, ganz in der Weise, wie dies im neueren R. R. gehandhabt wurde [12]). Er sagt, wenn der Ankläger gewisse Bedingungen erfüllt, muß der Angeklagte, da nach der Ueberschrift von „annemen des übelthetters" die Rede seyn soll, angenommen, verhaftet werden. Dies sind die entscheidenden Worte des Artikels, der Grund der Haft ist jetzt angegeben, die Hauptaufgabe des Artikels gelöset. Unmittelbar darauf wird also fortgefahren:

„und ist dabei sonderlich zu merken, daß die gefenknuß „zu behaltung u. s. w. zugericht werden. Und wann

12) Item so der kläger die oberkeyt oder richter anruffe jemandt zu strengen peinlichen rechten zu gefenknuß zu legen, so soll derselbig anklager die übelthat und derselben redlichen argkwan und verdacht ꝛc. zuvorderst ansagen u. s. w. — Geist und Zweck dieser Stelle ist, gleich vielen anderen, mit derjenigen v. l. 7. D. 48. 2. „Si cui crimen objiciatur praecedere debet in crimen subscriptio etc. derselbe, es wird hier nur nach dem Ankläger gerathen, sich vor falscher Anklage und deren Strafen zu hüten, wie dies in ähnlicher Weise im art. 12. C. C. C. geschieht.

Digitized by Google

„auch der gefangen mer dann einer ist, soll man sie, „so vil gefenglicher behaltnuß halb sein mag, von „einander theilen, damit sie sich onwarhaftiger sage „mit einander nit vereinigen, oder wie sie ihre that „beschonen wollen, underreden mögen."

Damit schließt der Artikel. Der Gesetzgeber kann also nicht umhin, bei dieser Gelegenheit (und „ist dabei") eine kurze Mahnung zu geben a) über die sehr vernachlässigten Gefängnisse, b) über die Vertheilung der Gefangenen darin, worauf im art. 218. besonders die Rede kommt. Die Gefangenen zu „behaltnuß" d. h. zur Detention Gefangene, sollen für die Zukunft, nicht wie früher zusammengesetzt, sondern „von einander getheilt" werden, damit sie nicht in dieser Vereinigung Unwahrheiten ersinnen, Lügenpläne schmieden, oder doch ihre That beschönigen. Nirgends ist in diesem Satze von Angeschuldigten eines und desselben Verbrechens die Rede, unter welchen doch nur Collusionen Statt finden könnten, sondern nur von Untersuchungsgefangenen überhaupt, von welchen mit Recht unterstellt wird, daß sie in ihrem gemeinsamen Unglück ein großes Interesse dabei haben, den gemeinsamen Feind, Ankläger oder Gericht, zu hintergehen. Das Gesetz, auf unerfahrene Gerichtspersonen überhaupt berechnet, empfahl jene Wahrnehmung der Klugheit, denn daß ein Mensch, selbst von der beschränktesten Einsicht, zwei oder mehrere, desselben Verbrechens Beschuldigte, in einem Gefängnisse vereinigen werde, ist nicht anzunehmen, darüber bedurfte es keines Wortes.

Angenommen aber auch, es sey dort an Mitschuldige gedacht worden, so folgt daraus immer nicht ein Grund zur Verhaftung, denn es wird ja ganz deutlich von Ge-

Digitized by Google

fangenen, d. h. von Personen, welche schon verhaftet sind, gesprochen. Es gehört wahrlich eine eigene Auslegungskunst dazu, zu entdecken, was man alles in jenem Satze über Collusionen gefunden haben will. Die angeführte Stelle enthält hiernach nur eine disciplinäre Anordnung, einer besondern Rechtfertigung des Collusionsverhaftes bedurfte es auch nicht, wo bei der Härte der Strafgesetze der Verdacht der Flucht sogleich entstand und die Tortur nöthigensfalls alle Collusionen enthüllte.

Die l. 3. C. 9. 4. sagt beinahe ganz dasselbe, was jene Stelle enthält [13]), man hätte eben so gut aus dieser den Grund des Collusionsverhaftes finden können.

Das Resultat hiervon ist kein anderes, als daß wir im gemeinen Rechte keine Vorschrift haben, welche Arreste aus dem angeführten Grunde ausdrücklich billigt. Da jedoch, wie gezeigt wurde, selbst die humanste Strafprozeßgesetzgebung ohne diese Maaßregel nicht bestehen kann, so muß die Natur der Sache, d. h. die aus dem Wesen und Zwecke eines Institutes abzuleitenden Regeln, als Rechtsgrund eintreten. Auf die Praxis, eine inveterata consuetudo [14]), braucht man sich nicht zu berufen. Gewiß ist, daß man in dieser wichtigsten Materie des Strafprozesses aller positiven Grundlage entbehrt; ein freies Feld öffnet sich dem Inquirenten; ihr erkennt Dieses, ich Jenes für Recht, könnte ein Bösewicht vor dem

13) Sie lautet: Quoniam unum carceris conclave permixtos secum criminosos includit, hac lege sancimus, ut etiam si poenae qualitas permixtione jungenda est, sexu tamen dispares, diversa claustrorum habere tutamina jubeantur.

14) diesem Polster literarischer Trägheit, dieser Stütze blinder Willkühr, wie sie Feuerbach nennt, deren höchste Gründe Präjudicien sind.

versammelten Rathe aller Selbstdenker sprechen, und dieser müßte verstummen [15]).

Sieht man sich in den verschiedenen Gesetzgebungen der neuern Zeit zur Erlangung eines Aufschlusses über unsere Frage um, so findet man, daß manche deutsche Prozeßordnungen des vorigen Jahrhunderts den Untersuchungsrichter auffordern, rasch zuzugreifen [16]), selbst die neuesten deutschen Gesetzbücher sprechen sich über diesen Gegenstand nur ganz allgemein aus, specielle Voraussetzungen zur Verhaftung wegen Collusionsgefahr sind nirgends angegeben. Der Entwurf einer Strafprozeßordnung für Hannover enthält schon genauere hierher gehörige Bestimmungen, worüber Bd. X. S. 7. dieser Zeitschrift zu vergleichen ist. Diejenigen des österreichischen und des baierischen Strafgesetzbuches (mit welchem letzten das oldenburgische von 1814 übereinstimmt) sind schon von Mittermaier in dem Eingangs erwähnten Aufsatze zusammengestellt. Andere Prozeßordnungen (für Sachsen, Würtemberg u. s. w.) enthalten ungefähr dieselben Anordnungen. Sie stimmen weder in den Formen und in der Ausbildung derselben Institute, noch in den Grundideen überein, dagegen entnimmt man aus allen den gemeinsamen Charakter, ohne vorzugsweise Berücksichtigung der individuellen Sicherheit und mit möglichst erweiterter Ausdehnung des richterlichen Ermessens, durch vollständige Entwickelung der Inquisitionsmaxime,

---

16) Feuerbach über Philos. und Empirie in ihrem Verh. zur positiv. Rechtswiss. Landshut 1804.

16) Die peinl. G. O. des Landgrafen Ernst Ludwig von 1726, welche zum Theil noch im Großherzogthum Hessen angewendet wird, macht hiervon im Titel IV. eine beachtungswerthe Ausnahme. — S. Koch Vorrede zur P. G. O. S. 41.

insbesondere durch Beschränkung des gerichtlichen Verhaftungsrechts, den Gefahren entgegenzuwirken, welche den Staat bedrohen, wenn die Verbrecher nicht bald und in vollem Maaße von der strafenden Gerechtigkeit erreicht werden [17]). In denjenigen Staaten hingegen, bei welchen die Leitung der Staatsmaschine mehr oder weniger von dem Willen der Nation ausgeht, wo also die bürgerliche Freiheit auf's höchste geachtet wird, findet die Thätigkeit der Gerichtsbeamten manche Beschränkungen, die aber durch die desto mehr erweiterte Befugniß der Polizei, welche nicht an die Formen des gerichtlichen Verfahrens gebunden, nur um so willkührlicher und empfindlicher wirken kann, großentheils wieder aufgehoben werden. Das Criminalverfahren Englands enthält eine ausgedehnte Garantie für die persönliche Freiheit, sowohl durch bestimmte Form der Gerichtsacte, als auch durch die Leichtigkeit der Befreiung aus der vollzogenen Haft, und zwar gerade bei s. g. politischen Verbrechen z. B. beim Hochverrathe [18]). Die nordamerikanischen Prozeßeinrichtungen entsprechen großentheils denjenigen des Mutterlandes, sie entziehen durch sehr bestimmte Vorschriften den Angeklagten noch mehr jeder richterlichen Willkühr [19]). Die französischen Strafgesetze, so wie namentlich der Strafprozeß, eine Nachbildung des englischen Verfahrens, doch mehr dem ältern

17) Henke a. a. O. S. 66. 67.

18) Das Fundament hiervon ist zu suchen a) in der magna charta von 1215 in Vergleich mit einer Parlamentsacte von 1705; b) in der habeas corpus-Acte, verfaßt unter Karl II. — S. Dahlmann's Uebersetzung von Delolme, die Verfassung von England S. 159. 182 ff. — Dieses Archiv Bd. IX. S. 524. 535. 537. 665. 666. 677. Bd. XI. S. 155. — Mittermaier das deutsche Strafverf. Th. I. §. 18. S. 71 ff. 259. 263. auch §. 69. 108.

Digitized by Google

Glanze, als dem Gifte nach, sind nach dem Ausspruche der Franzosen selbst ein horrible monument du despotisme [20]). Verhaftungen durch die police judiciaire, in deren Händen sich fast die ganze Voruntersuchung befindet, sind bei den leisesten Anzeigen an der Tagesordnung. Die große Zahl der polizeilichen Hülfsbeamten bis zu deren untersten Gliedern mit dem Verhaftungsrechte in vielen Fällen ausgestattet, vermehren die Unsicherheit. Zahlreiche Unterscheidungen von mandats de dépot, mandats d'arrêt, ordonnances de prise de corps, maisons d'arrêt, maisons de justice, deuten schon die große Zahl der mancherlei Arten, sich einer Person zu bemächtigen, an; mit schönen Worten wird ein übles Spiel getrieben, ein mandat de dépot hilft nach, wo ein mandat d'arrêt unzulässig wäre, kurz in der französischen Voruntersuchung zeigen sich weit größere Mißbräuche, als irgendwo und jemals im deutschen geheimen Strafprozesse, und ehe die Verhandlung öffentlich wird, ist hinter den Coulissen Schritt vor Schritt die persönliche Freiheit höchst gefährdet [21]). Gegen die Bedrückungen der Beamten bei ungehöriger Ausführung der Haft findet sich nirgends Gewähr [22]). Ein solches Verfahren

19) N. A. Bd. XI. S. 159 ff. — Mittermaier Lehre vom Beweise §. 9. II. §. 13. S. 112.

20) Göbel, was der Criminalgesetzgebung in Rheinpreußen Noth thut. Trier u. Berlin 1838. S. I. — Legraverend traité de la législ. crim. en France T. I. 271 sq.

21) Code d'instr. crim. art. 91 sq. 603 sq. — N. A. Bd. V. S. 498. VII. 533.

22) Göbel a. a. O. S. 1—21. — Mittermaier Strafverf. §. 17.

Digitized by Google

muß gerade da, wo bei dem Urtheile Alles von der Frage abhängt, avec un vous une intime conviction, die höchsten Bedenklichkeiten erregen 23).

Die Ansichten der neueren Rechtslehrer über Collusionsarrest, insbesondere von Tittmann, Grolman, Stübel, gehen dahin, daß derselbe nur bei schwereren Straffällen, bei Concurrenz von Mitschuldigen, oder (wie Stübel) bei verdächtigen Zeugen eintreten dürfe. Mit Jenen stimmen überein von Feuerbach 24), Bauer 25), mit dem Zusatze, die Besorgniß der Collusion müsse auf einen bestimmten und hinreichenden Grunde beruhen, Abegg 26) u. A. Henke 27) theilt ganz die Ansicht von Mittermaier, und bemerkt, die Haft sey als ein Theil der Strafe in dieselbe einzurechnen, was auch Grolman 28) verlangt, wogegen sich Tittmann ausspricht. v. Jagemann 29)

---

23) Es gilt hier nur darum, den Geist der wichtigsten Gesetzgebungen in allgemeinen Umrissen anzugeben. Ein Gesetz des Cantons Zürich vom 23. Brachmonat 1831. über die Bedingungen der Haft u. s. w. s. nebst Bemerkungen von Mittermaier in Müller's Archiv a. a. O.; ferner über das neue französ. Gesetz wegen der persönlichen Haft; sodann über das Verhaftungsrecht nach einem Gesetze des Cantons Freiburg vom 12. Decbr. 1831. s. Mittermaier und Zachariä kritische Zeitschrift für Rechtswiss. ꝛc. Bd. V. Heft 1. S. 98. Das. Heft 2. S. 333.

24) Lehrbuch des peinl. Rechts §. 531.

25) Lehrbuch des Strafprozesses. Göttingen 1835. §. 75.

26) Lehrbuch des gem. Criminalprozesses. Königsberg 1833. §. 79.

27) a. a. O. §. 98. S. 628.

28) a. a. O. §. 487.

29) Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde. 1838. §. 51. 52. 179. S. auch Müller Lehrbuch des Criminalprozesses. 1837. S. 300. 305.

Digitized by Google

endlich jeder Arrest zur Vermeidung von Collusionen Angeklagten mit Zeugen nothwendig.

Diesem Hinblick auf die verschiedenen Ansichten des Rechtslehrer muß noch beigefügt werden, daß einige derselben sich auf sehr unbestimmte und vage Voraussetzungen stützen. Eben diese Unbestimmtheit giebt aber gewiß manchem Inquirenten einen willkommenen Anlaß, seine ausgedehnten Arrestverfügungen durch Hindeutungen auf solche nicht gehörig präcisirte Aeußerungen der Rechtslehrern hinsichtlich der Entstehung und der Dauer der Haft zu rechtfertigen.

Nur die Voraussetzungen des Collusionsverhaftes nach gemeinem deutschen Criminalverfahren können nunmehr einer näheren Prüfung unterworfen werden, so einflußreich auch für eine tiefere Betrachtung die Frage wäre, ob eine Gesetzgebung dem Anklage- oder Inquisitionsprozesse huldigen müsse, wodurch auch in der Lehre von den Verhaftungen, ein Erforderniß mehr oder weniger als zweckgemäß sich empfehlen kann. Ausgeschlossen muß ferner eine genauere Erörterung darüber, ob und in wiefern die Polizei berechtigt ist, vorläufige Arreste zur Vermeidung von Verabredungen vorzunehmen [30]). Da, wo der Polizei, sey es auch bei niederen Vergehen, irgend eine Theilnahme an der Voruntersuchung nicht zugewiesen ist, wo sie also nur als Hülfsbehörde für die Untersuchung erscheint, müssen zur Rechtfertigung eines solchen Arrests dieselben Voraussetzungen wie bei dem Richter vorhanden seyn; denn die Ansicht, nach welcher der Polizei in jener Beziehung eine allgemeinere Befugniß zustehe, ist längst als irrig

30) Baier. Strafgesetzbuch Art. 126. 127. — Loß in dies. Archive Bd. IV. S. 458. V. 184.

Digitized by Google

beseitigt worden [21]). Sind aber polizeiliche Verhaftungen vorgekommen, so müssen nach fast allen deutschen Verfassungen, wenn nicht durch Vereinigung der Justiz mit der Verwaltung in einer und derselben Behörde die Gränzlinie beider auf unzweckmäßige Weise verwischt ist, die Verhafteten binnen kurzer Frist an den zuständigen Richter abgeliefert werden, von welchem Zeitpunkte dieser die Fortdauer der Haft zu verantworten hat. Durch eine solche Bestimmung wird die Vorsicht mit dem Rechte vereint. Das Gericht kann nämlich erst bei bestimmterem Hervortreten des Beweises sein Verfahren eröffnen, es muß der Polizei obliegen, die wirklichen oder vermeintlichen Schuldigen bis in ihre verborgensten Schlupfwinkel zu verfolgen, Denunciationen entgegenzunehmen u. s. w. Ergiebt sich nun plötzlich und so, daß dem Gerichte ohne Gefahr für den künftigen Prozeß vorher keine Mittheilung geschehen kann, ein Grund zur Verhaftung, so muß auch die Polizei zu deren Vornahme berechtiget und verpflichtet seyn.

(Der Beschluß im nächsten Stücke.)

---

21) Lot a. a. O. Bd. V. S. 224—228. — Eine andere Bewandtniß hat es mit dem Rechte der Polizei, drohenden Vergehen, oder Vergehen in ihrer Fortsetzung durch ein selbstständiges Verhaftungsrecht vorzubeugen. Gerade, weil der Arrest wegen Collusion sich auf die Untersuchungsführung bezieht, mit welcher die Polizei nichts zu thun haben soll, kann sie, als Hülfsbehörde der Justiz, nicht weiter gehen, als diese selbst.

Halle,
gedruckt in der Gebauerschen Buchdruckerei.

Digitized by Google

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

J. M. F. Birnbaum
in Utrecht,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

A. W. Heffter
in Berlin,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1839.
Viertes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1839.

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1839. Viertes Stück.

XXIII.

Das Großh. Mecklenburgische Gesetz vom 4. Januar 1839 über Bestrafung des Diebstahls;

dargestellt mit Anmerkungen
von

Mittermaier.

Die Criminalgesetzgebung des Großherzogthums Mecklenburg hat seit mehreren Jahren so bedeutende Fortschritte gemacht, daß unser Archiv, das die Mittheilung aller im Criminalfache ergangenen Verbesserungen zu einer Hauptaufgabe gemacht hat, nicht länger zögern darf, auch die in Mecklenburg ergangenen neuen Gesetze zur Kenntniß der Leser zu bringen. In Bezug auf den Strafprozeß sind im Jahre 1838 mehrere wichtige Gesetze publicirt worden, und zwar am 12. Januar 1838 eine Competenzordnung für das Criminalcollegium zu Bützow; ein Gesetz vom 13. Januar 1838 über die Vervollständigung der Verfassung der Niedergerichte in Bezug auf die Verwaltung der

Digitized by Google

Criminaljustiz (wichtig, da nach diesem Gesetze mehrere Patrimonialgerichte in Bezug auf die Strafrechtspflege ein gemeinschaftliches Criminalgericht bilden sollen); ein Gesetz vom 15. Januar über die Spruchreife der Criminaluntersuchungssachen und ein abgekürztes Verfahren in geringfügigen Straffachen; ein Gesetz vom 16. Januar 1838, die Untersuchung und Bestrafung der von Ausländern im Auslande begangenen Verbrechen. Alle diese Gesetze so wie das neue Gesetz vom 4. Januar 1839 über Rechtsmittel in Straffachen sollen im Zusammenhange mit einem andern bevorstehenden Mecklenburgischen Gesetze, über den Beweis im Criminalprozeß, in einem spätern Aufsatze geprüft werden; nach dem uns vorliegenden zuletzt erwähnten Gesetzesentwurfe würde der Mecklenburgische Strafprozeß großer Verbesserungen sich erfreuen, da die im gemeinen Rechte in so reichem Maaße vorkommenden Controversen über den Beweis in Straffachen abgeschnitten werden sollen. Auf dem Landtage von 1838 wurde der vorgelegte Gesetzesentwurf noch nicht angenommen, kommt aber zur neuen Berathung auf dem künftigen Landtage. — Der gegenwärtige Aufsatz bezweckt die Prüfung des umfassenden am 4. Januar 1839 publicirten Gesetzes über den Diebstahl. Schon der Landtag von 1837 bezweckte die Erreichung einer größern Gleichförmigkeit in der Strafabmessung, da das Obenappellationsgericht zu Parchim auf die Nachtheile aufmerksam machte, welche aus der großen Verschiedenheit der Ansichten der Spruchbehörden für die Handhabung der Strafjustiz hervorgingen. Man hatte die Frage aufgeworfen, ob nicht dem Uebelstande durch die Befugniß der oberen Gerichte abgeholfen werden könne, das frühere Strafurtheil zu schärfen; allein das geforderte Gutachten fiel verneinend aus; man erkannte die Nothwendigkeit des Einschreitens der Legislation, und da die Diebstähle nach

Digitized by Google

den Criminaltabellen häufiger verübt werden, als alle übrigen Arten von Verbrechen zusammengenommen, so wurde ein Gesetz über die Strafscala für die Diebstähle vorgeschlagen. Der mit gut gearbeiteten Motiven versehene Gesetzesentwurf wurde auf dem Landtage von 1838 berathen und angenommen. — Die Erscheinung solcher Specialgesetze über einzelne Verbrechen hat allerdings manche Bedenklichkeiten gegen sich, und die Erfahrung der Länder, in welchen solche Gesetze publicirt wurden, giebt dieser Art der Legislation kein günstiges Zeugniß; denn die Drohung der Strafen und die Bestimmung des richtigen Strafmaaßes hängt soviel von der Einrichtung der Strafanstalt des Landes ab; es ist begreiflich, daß da, wo absolute Isolirung der Sträflinge zur Nacht und zur Tageszeit verfügt werden soll, die Strafe intensiv weit stärker ist, als da, wo die Isolirung zur Nachtzeit und der Zwang zum höchsten Stillschweigen angeordnet ist, und die nach diesem letzten Systeme vollzogene Strafe wieder härter ist, als die in unseren bisherigen Strafanstalten, wo die Sträflinge sich unter einander unterhalten dürfen und nur der Freiheit beraubt sind. — Ein Gesetzgeber, dem die erste Einrichtung vorschwebt, muß daher kürzere Strafzeiten drohen, als der, welcher seine Strafdrohung auf das zuletzt erwähnte System berechnet. Die Publication eines Gesetzes über ein einzelnes Verbrechen führt aber auch bei dem Mangel eines allgemeinen Gesetzbuchs zu verschiedenen Störungen in der Anwendung, denn die verschiedenen Verbrechen gränzen nahe an einander; es kann nicht fehlen, daß oft darüber Streit entstehen wird, ob die Handlung Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Selbsthülfe sey; wird nun ein Strafgesetz nur über ein einzelnes Verbrechen erlassen, so entsteht ein Mißverhältniß und ein Widerspruch zwischen dem alten und dem neuen Rechte. Die gewöhnlich weit härteren älteren Strafgesetze

Digitized by Google

die in Bezug auf andere Verbrechen fortdauern, kommen in Collision mit den neuen milderen, die in Ansehung des einzelnen Verbrechens neu ergangen sind. — Dennoch aber verdient die Weise, wie der Mecklenburgische Gesetzgeber sein Gesetz über die Bestrafung des Diebstahls erließ, volle Billigung. Der Gesetzgeber hatte zwischen zwei Wegen zu wählen; er konnte die Bearbeitung eines neuen vollständigen Gesetzbuchs anordnen und in der Zwischenzeit alle alten Strafgesetze mit ihren Gebrechen fortbestehen lassen, oder über ein Verbrechen, das am häufigsten vorkam und am meisten Streitigkeiten in der Anwendung erzeugte, ein besonderes Strafgesetz publiciren. Der erste Weg eröffnete dem Lande eine ungewisse Zukunft und verurtheilte dasselbe zu allen Nachtheilen, die eine Strafjustiz im Gefolge hat, der die Grundlage fehlt; er vertröstete auf eine unbestimmte Zeit, deren Eintritt bei der großen Schwierigkeit, ein vollständiges gutes Strafgesetzbuch zu liefern, nicht verbürgt werden konnte. Der Mecklenburgische Gesetzgeber, indem er den zweiten Weg wählte, löste aber auch seine Aufgabe zweckmäßig, da er, wie die Motive sagen, sich vorzüglich an die durch den Gerichtsgebrauch in Mecklenburg allmählig ausgebildeten Ansichten anschloß und zugleich in das besondere Strafgesetz schon so viele Bestimmungen aufnahm, welche eigentlich dem sogenannten allgemeinen Theile angehören und dem Richter für die Strafanwendung die richtigen Normen gewährte. Wir finden daher in dem vorliegenden Strafgesetze schon eine Reihe von Vorschriften, welche der Gesetzgeber von Mecklenburg als allgemein bei allen Verbrechen entscheidend erklärt und als solche anerkennt, welche in dem künftigen Gesetzbuche ihren Platz in der Anwendung auf alle Verbrechen finden werden. — Wir wollen zuerst unseren Lesern die Hauptbestimmungen des Mecklenburgischen Gesetzes mittheilen, und dann einige Bemerkungen beifügen.

Digitized by Google

§. 1. Diebe und deren Gehülfen und Begünstiger sind in der Regel mit Gefängniß oder Zuchthaus zu bestrafen. Die Gefängnißstrafe wird durch einsame Haft im Gerichts-Gefängnisse — nach Umständen mit Anhalten zu geeigneter Arbeit — vollzogen; die Zuchthausstrafe einstweilen noch, wie bisher, in der Straf-Anstalt zu Dömitz, künftig aber in der neuen Straf-Anstalt bei Bützow. Nach Eröffnung der letztern wird über die Vollziehungsweise der Strafen daselbst das Erforderliche bekannt gemacht werden.

§. 2. Die Gefängnißstrafe kann nicht unter vier und zwanzig Stunden und nicht über sechs Monate, die Zuchthausstrafe nicht unter vier Monaten erkannt werden. Der Tag ist zu vier und zwanzig Stunden, die Woche zu sieben Tagen zu rechnen. Wenn unter besondern Umständen, z. B. wegen Rückfalls (§. 17.), Zuchthausstrafe und Gefängniß verwirkt ist, so soll letzteres in Zuchthausstrafe von halb so langer Dauer verwandelt werden. Treffen mehrere Gefängnißstrafen so zusammen, daß sie mehr als sechs Monate ausmachen, so soll ihre Verwandlung in halb so langer Dauer, jedoch nie unter vier Monaten eintreten. In den Urtheilen ist die erkannte Strafe nach Art und Maaß genau auszudrücken, die Weise der Ermittelung und Berechnung derselben aber in den Urtheilsgründen anzugeben.

§. 3. Statt Gefängnißstrafe, oder zu ihrer Abkürzung in Verbindung mit derselben, kann — unter Berücksichtigung des Alters, der körperlichen Beschaffenheit, der äußeren Verhältnisse und der besondern Persönlichkeit des Schuldigen — auf körperliche Züchtigung erkannt werden. Auch ist, zur Abkürzung der Gefängnißstrafe, auf Schmälerung der Kost (Wasser und Brod) zu erkennen; und zwar in der Regel immer, wenn nicht Rücksichten auf den Gesundheitszustand des Schuldigen es verbieten. In solcher Hinsicht sind sechs Streiche einem Tage, und fünf und zwanzig Streiche einer Woche einfacher Gefängnißstrafe, so wie zwei Tage der letzteren einem Tage bei Wasser und Brod gleich zu achten. Die körperliche Züchtigung ist nicht unter sechs und nicht über funfzig Streiche zu erkennen. Sie ist im Gerichtslocale zu

Digitized by Google

vollziehen, und darf, wenn sie fünf und zwanzig Streiche übersteigt, nur bis zu dieser Anzahl von Streichen auf einmal vollzogen, und erst nach Ablauf einer Zwischenzeit von sechs Tagen fortgesetzt werden. Bei Vollstreckung der Gefängnißstrafe bei Wasser und Brod ist nicht, wie bisher gewöhnlich, an jedem zweiten, sondern an jedem dritten Tage warme Kost zu verabreichen; bei längerer Dauer ist dieselbe in einer Folge nicht über vierzehn Tage auszudehnen, und die Fortsetzung erst nach Verlauf einer Woche bei warmer Speisung zulässig. Bei Zuerkennung einer Gefängnißstrafe ist jedesmal genau anzugeben, in welchen Wochen und an welchen Tagen warme Kost gereicht werden soll.

§. 4. Auf Geldstrafe ist nur in den durch dies Gesetz besonders bezeichneten Fällen zu erkennen. Hinsichtlich des etwanigen Verlustes der Amts- oder besonderen bürgerlichen Rechte, als Strafe des Diebstahls oder überhaupt als Folge der Verurtheilung wegen solcher Begangenschaft, nach besonderer Urtheilsvorschrift oder auch ohne solche, soll durch dies Gesetz an dem bestehenden Rechte nichts geändert seyn. Gegen Ausländer kann auf Landesverweisung erkannt werden, wenn der Fall sich rechtlich dazu eignet. Andere Strafmittel, als die bisher genannten, dürfen in Diebstahlsfällen überall nicht angewandt werden.

§. 5. Die Strafe des ohne Auszeichnung (§. 6, 7 und 8.) begangenen einfachen Diebstahls ist zunächst nach dem Werthe des Entwendeten zu bemessen. Es sollen dabei nachstehende sechs Stufen unterschieden werden. Wenn der Werth beträgt 1) fünf Thaler oder weniger, so ist auf Gefängniß von vier und zwanzig Stunden bis zu einer Woche zu erkennen; 2) mehr wie fünf, aber nicht über dreißig Thaler, — auf Gefängniß von drei Tagen bis zu sechs Wochen; 3) über dreißig Thaler, aber nicht über hundert Thaler, — auf Gefängniß von drei Wochen bis zu drei Monaten; 4) über hundert Thaler, aber nicht über dreihundert Thaler, — auf sechswöchiges Gefängniß bis zu einjähriger Zuchthausstrafe; 5) über dreihundert, aber nicht über tausend Thaler, — auf viermonatliches Gefängniß bis zu zweijähriger Zuchthausstrafe; 6) über tausend Thaler, — auf Zuchthausstrafe von vier Monaten bis zu vier Jahren.

Digitized by Google

§. 6. Der ausgezeichnete Diebstahl ersten Grades ist als vorhanden anzunehmen: 1) wenn Postgüter vom Postwagen gestohlen sind; 2) wenn der Dieb, um zur Nachtzeit zu stehlen, sich in bewohnte Gebäude eingeschlichen hatte oder hatte einschließen lassen; 3) wenn der Diebstahl im Innern eines bewohnten Gebäudes mittelst Erbrechung oder Eröffnung durch Nachschlüssel oder durch andere dazu dienliche Instrumente vollführt wurde, namentlich auch durch den Gebrauch der rechten Schlüssel, welche sich der Dieb durch List oder heimlich zu verschaffen gewußt hatte; 4) wenn der Dieb in bewohnte oder unbewohnte Gebäude eingebrochen oder in bewohnte eingestiegen ist; 5) wenn der Diebstahl aus einem dem Gottesdienste gewidmeten Gebäude, oder aus der Sakristei desselben, an Gegenständen begangen ist, die nicht zum Gebrauch bei der Ausübung des Gottesdienstes bestimmt sind; und soll bestraft werden: bei einem Betrage nicht über dreißig Thaler mit sechswöchigem Gefängniß bis zu einjährigem Zuchthaus, — bei einem Betrage über dreißig, nicht aber über hundert Thaler mit viermonatlichem Gefängniß bis zu zweijährigem Zuchthaus, — bei einem Betrage über hundert, nicht aber über dreihundert Thaler mit Zuchthaus von vier Monaten bis zu vier Jahren, — bei einem Betrage über dreihundert Thaler mit Zuchthaus von sechs Monaten bis zu sechs Jahren.

§. 7. Den ausgezeichneten Diebstahl zweiten Grades trifft Zuchthausstrafe von vier Monaten bis zu acht Jahren. Dahin gehört 1) der Pferdediebstahl; 2) das gewerbmäßig betriebene Stehlen; 3) solche Diebstähle, bei denen der Dieb, um sich ebenfalls zur Wehr zu setzen, Waffen mit sich geführt hat.

§. 8. Der ausgezeichnete Diebstahl dritten Grades ist mit ein- bis zehnjähriger Zuchthausstrafe zu belegen. Folgende Fälle sind hierher zu rechnen: 1) wenn eine zu kirchlichem Gebrauch bei der Ausübung des Gottesdienstes bestimmte Sache aus einem, dem Gottesdienste gewidmeten Gebäude, oder aus der Sakristei desselben entwendet ist; 2) wenn der Dieb nach vollbrachtem Diebstahle von den Waffen, mit denen er sich im Falle eines Widerstandes versehen (§. 7, nr. 3.), gegen diejenigen, welche ihn

Digitized by Google

festnehmen oder an Fortbringung des entwandten Guts verhindern wollten, wirklich Gebrauch gemacht hat, in sofern nicht dabei ein schwereres Verbrechen vorliegt. Waren die Waffen zur Vollbringung des Diebstahls selbst gebraucht worden, so ist die That als Raub anzusehen. 3) alle von Diebsbanden verübten Diebstähle. Die Strafe des Anführers solcher Bande kann bis zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe gesteigert werden.

§. 9. 1) Bewohnte Gebäude sind hier alle Häuser und andere Gebäude, in welchen Menschen wohnen, oder worin sie ihre gewöhnliche Schlafstelle haben, wenn sie auch zur Zeit des begangenen Diebstahls darin nicht gegenwärtig waren. 2) Einen Einbruch begeht derjenige, welcher einen verschlossenen oder vorher nicht da gewesenen Eingang in ein Gebäude oder in einen zu einem Gebäude gehörigen, befriedigten und geschlossenen Hofraum mit Gewalt öffnet, oder eine vorhandene Oeffnung zum Eindringen erweitert, oder sich sonst gewaltsam eine Oeffnung bereitet, mittelst welcher er entweder den vorhandenen Eingang sich zum Eindringen öffnen, oder auch ohne einzudringen den Diebstahl im Innern vollführen kann. 3) Das Erbrechen wird durch gewaltsame Eröffnung von Eingängen und Durchgängen im Innern, von Schränken, Kisten oder andern ähnlichen Behältnissen begangen. 4) Das Einsteigen ist als stattgehabt anzunehmen, wenn der Dieb in ein Gebäude oder in den dazu gehörigen, befriedigten und verschlossenen Hofraum, in irgend einer Richtung, durch Hinauf- oder Herabsteigen eingedrungen ist. 5) Unter Waffen werden hier alle Werkzeuge verstanden, mit welchen, nach ihrer gewöhnlichen Wirkung, lebensgefährliche Verletzungen zugefügt werden können. 6) Der Betrag des Diebstahls wird nach dem gemeinen Werthe bestimmt, welchen die Sache zur Zeit der Entwendung hatte. Jedem Theilnehmer (§. 19.) ist der volle Betrag des Diebstahls anzurechnen. Steht dem Diebe ein Miteigenthum an der entwandten Sache zu, so ist ihm, nicht aber den etwanigen Theilnehmern am Diebstahl, der Betrag seines Eigenthums bei der Werthermittelung in Abrechnung zu bringen. 7) Wo in diesem Gesetze Gefängnißstrafe angedrohet worden, ist die einfache gemeint. Sie muß daher bei hinzukommender Schmälerung der Kost (§. 3.)

Digitized by Google

verhältnißmäßig abgekürzt werden. 8) Die Münzsorte der hier vorkommenden Geldsummen ist N$^{a}/_{z}$tel.

§. 10. Die Gründe, welche überhaupt bei Verbrechen die Zurechnung zur Schuld ausschließen, finden beziehungsweise auch bei dem Diebstahle ihre Anwendung. Ist darnach eine völlige Zurechnungslosigkeit nicht anzunehmen, wohl aber ein solcher Geisteszustand des Angeschuldigten zur Zeit der That erweislich, welcher seine Willensfreiheit in einem hohen Grade beschränkt haben könnte, z. B. eine an Blödsinn grenzende Verstandesschwäche, so darf der Richter, in Erwägung aller Umstände eines solchen besondern Falles, ausnahmsweise unter das, durch dies Gesetz bestimmte geringste Strafmaaß hinabgehen. Soweit dies Gesetz die Abmessung der Strafe dem rechtlichen Ermessen des Richters überläßt, also — mit alleiniger Ausnahme der so eben bemerkten Fälle — immer innerhalb der durch dies Gesetz gesteckten Grenzen, ist dabei zu sehen: auf den höheren oder geringeren Grad der Verdorbenheit des Thäters, auf die bewiesene größere Beflissenheit, List, Frechheit, Dreistigkeit und Gefährlichkeit in der Vorbereitung und Vollbringung der That, auf die größere oder geringere Gemeinschädlichkeit, auf den höheren oder minderen Werth des gestohlenen Guts, sowie auch darauf, wie empfindlich dem Bestohlenen, nach dessen dem Diebe bekannten Lage, der erlittene Verlust war, und wie weit etwa der Schaden durch den Dieb oder sonst wieder vergütet wurde. Das Abmessen der einzelnen Erschwerungs- und Minderungs-Gründe nach ihrer innern Stärke, sowohl an sich als in ihrer wechselseitigen Verbindung, bleibt in jedem einzelnen Fall, nach den besondern vorliegenden Umständen und nach der Persönlichkeit des Verbrechers, der richterlichen Beurtheilung überlassen. Unverschuldete Untersuchungshaft soll als schon im voraus erlittene Strafe angesehen, und deshalb bei Bestimmung der letzteren angemessen berücksichtigt werden.

§. 11. Als Strafminderungsgründe sind insbesondere anzunehmen: 1) das jugendliche Alter, vom vollendeten zwölften (§. 22. nr. 1.) bis zum vollendeten achtzehnten Jahre, insofern nicht aus den vorliegenden Umständen sich ergiebt, daß das Verbrechen keineswegs aus jugendlichem Leichtsinn, sondern mit reifer Ueberlegung be-

Digitized by Google

gangen ist; 2) entschuldbarer Irrthum hinsichtlich des Werthes der entwandten Sachen; 3) wenn den Thäter ein hoher Grad von Armuth zu der That drängte; vorausgesetzt, daß es ihm an Gelegenheit gefehlt hat, durch rechtliche Mittel seine Noth zu kehren, und daß der Betrag des Entwendeten das Bedürfniß nicht bedeutend übersteigt; 4) wenn aus seinem Benehmen bei und nach der That auf einen nur geringen Grad von Verdorbenheit und Verwilderung geschlossen werden kann, wohin namentlich zu rechnen ist: a. wenn er absichtlich weniger entwandte, als er den Umständen nach, ohne größere Anstrengung und Gefahr für sich selbst, entwenden konnte; b. wenn er aus freiem Antriebe thätig bemühet war, den Bestohlenen zu entschädigen, oder ihn ganz oder theilweise wirklich entschädigte, und c. wenn er sich selbst den Gerichten als Thäter angab, oder doch im Anfange der Untersuchung und ohne noch überführt zu seyn, sich schuldig bekannte; 5) die Entdeckung der Mitschuldigen durch den Angeschuldigten, oder wenn dieser zu deren Entdeckung oder Ergreifung Mittel und Wege angegeben hat, und 6) die nach §. 22, nr. 3 a. den Familien-Diebstahl begründenden Voraussetzungen, wenn derselbe zur Bestrafung kommt.

§. 12. Besondere Straferschwerungsgründe sind: 1) wenn der Diebstahl an solchen Gegenständen verübt ist, welche, ohne besondere Verwahrung und Bewachung, der öffentlichen Sicherheit anzuvertrauen üblich ist; namentlich: an Vieh auf der Weide, in Koppeln oder Hürden, — an Bienenstöcken, an Fischen aus Teichen, oder andern zur Zucht und Aufbewahrung bestimmten Gewässern, oder aus Fischbehältern, — an landwirthschaftlichen Geräthen im Freien, — an Baum-, Feld-, Wiesen- oder Gartenfrüchten von dem Orte ihrer Cultur, — an geschlagenem Holze aus Waldungen, von öffentlichen Holzlägern oder während des Flößens, — an Bleichstücken u. s. w.; 2) wenn auf Jahr- oder Wochenmärkten, oder sonst in einem Menschengedränge gestohlen ist; ferner wenn der Diebstahl verübt ist: 3) von Dienstboten, Gesellen oder Lehrburschen, von Tagelöhnern und andern Personen, welche um Lohn und Brod Dienste leisten, aus dem Hause oder sonstigen Oertlichkeiten, zu welchen sie vermöge jener ihrer Stellung freieren Zutritt haben, an den Sachen der Dienstherrschaft, der Meister oder Hausherren, oder derjenigen,

Digitized by Google

die sich mit diesen in derselben häuslichen Gemeinschaft befinden; 4) von bestellten Wächtern und Wärtern an den zu bewachenden Gegenständen oder auch an andern Dingen, während der Wachzeit; 5) auf der Landstraße, oder auf andern Wegen, am Gepäck der Reisenden; 6) an Frachtgütern, die sich auf dem Land- oder Wassertransport befinden; 7) von Dieben, welche in unbewohnte Gebäude oder in geschlossene Hofräume eingestiegen sind, oder innerhalb solcher Gebäude Wände, Thüren oder Behältnisse erbrochen haben; 8) bei Gelegenheit einer Feuers- oder Wassersnoth, oder in dringenden Kriegsgefahren, oder andern dergleichen Unglücksfällen, imgleichen an Strandgütern oder aus gestrandeten Schiffen; 9) an Leichen, oder Sachen aus und an Gräbern oder Grabstätten.

§. 13. 1) Werden bei einem einfachen Diebstahl (§. 5.) oder bei einem ausgezeichneten Diebstahl ersten Grades (§. 6.) einer oder mehrere der in §. 12. bezeichneten Erschwerungsgründe angetroffen, so kann die Strafe über das für die Stufe, in welche der Diebstahl nach seinem Werthbetrage fällt, bestimmte Maaß hinaus und bis zum höchsten Maaß der zunächst folgenden Stufe hinangehen. Gehört aber der Diebstahl, seinem Werthe nach, zur letzten Stufe, so ist das höchste Strafmaaß dieser Stufe nicht zu überschreiten. 2) Bei ausgezeichneten Diebstählen zweiten und dritten Grades wird dagegen durch einen oder mehrere der im §. 12. bezeichneten Umstände die Strafbarkeit nur innerhalb der Grenzen des Grades erschwert, zu welchem der Diebstahl seiner sonstigen Beschaffenheit nach gehört.

§. 14. 1) Die bei einem Diebstahle zusammentreffenden mehreren Auszeichnungen desselben Grades sind für eben so viele besondere Erschwerungsgründe der Strafe zu achten, jedoch nur innerhalb der Strafgrenzen dieses Grades; nicht aber darüber hinaus, selbst dann nicht, wenn auch noch andere grävirende Umstände (§. 12.) hinzukommen. 2) Treffen mehrere Auszeichnungen verschiedener Grade (§§. 6, 7, 8.) bei demselben Diebstahle zusammen, so ist innerhalb der Strafgrenzen des höchsten dieser Auszeichnungsgrade die Strafe so abzumessen, daß sie durch die geringeren Auszeichnungen erschwert wird. Die erwähnte Grenze darf nicht überschritten werden.

Digitized by Google

§. 15. 1) Ist Jemand wegen mehrerer einfachen Diebstähle in Strafe zu nehmen, oder auch wegen mehrerer ausgezeichneten Diebstähle desselben Grades, so ist das Strafmaaß, insoweit dasselbe von dem Werthe des Gestohlenen abhängt, nach dem Gesammtbetrage der mehreren gleichartigen Diebstähle zu bestimmen. 2) Wenn die Strafe der zusammentreffenden gleichartigen Diebstähle nicht — oder doch nicht vorzugsweise — nach dem Werthe des Gestohlenen zu bemessen ist, so kann dem Schuldigen das höchste Maaß der Strafe des nächstfolgenden Grades auferlegt werden, mehr aber nicht. 3) Wenn mehrere noch unbestrafte Diebstähle verschiedener Art gegen denselben Thäter in einer Untersuchung zusammentreffen, so ist die Strafe des höchst bedroheten der zur Frage stehenden Diebstähle mit angemessener Erhöhung derselben, die den Umständen nach bis zum höchsten Strafmaaß der zunächst folgenden schwereren Art hinangehen kann, in Anwendung zu bringen. 4) Wegen des Zusammentreffens mehrerer ausgezeichneten Diebstähle des dritten Grades mit einander oder mit geringeren Diebstählen kann die Strafe nach Umständen das für den dritten Grad gegebene höchste Maaß (§. 8.) noch um zwei Jahre übersteigen.

§. 16. Treffen andere unbestrafte Verbrechen mit unbestraften Diebstählen gegen denselben Verbrecher in derselben Untersuchung zusammen, so findet die Strafe des schwersten der fraglichen Verbrechen mit angemessener Erhöhung ihre Anwendung. Jedoch darf das Hinzukommen eines Diebstahls zu andern Verbrechen niemals die Todesstrafe zur Folge haben.

§. 17. 1) Der Rückfall, — welcher alsdann vorhanden ist, wenn ein zu bestrafender Dieb schon früher gerichtlich zuerkannte Strafe wegen Diebstahls (§§. 5—8 und §. 22. nr. 3.) ganz oder theilweise erlitten hat, — begründet die Rückfallsstrafe, welche der durch den neuen Diebstahl (diesen für sich betrachtet) verwirkten Strafe hinzuzurechnen ist. 2) Die Rückfallsstrafe ist auch dann verwirkt, wenn die frühere Strafe nur wegen Versuchs oder Beihülfe zu einem Diebstahle erkannt, auch ganz oder theilweise vollstreckt worden, und nun ein vollendeter Diebstahl an dessen Urheber zu strafen ist. Dasselbe findet im umge-

Digitized by Google

kehrten Fall seine Anwendung. Den Diebeshehler von Gewerbe trifft die Rückfallsstrafe gleich dem Diebe. 3) Bei Erkennung der Rückfallsstrafe ist zunächst darauf zu sehen, ob der Dieb, wenn er nicht schon früher bestraft wäre, jetzt mit Gefängniß- oder mit Zuchthausstrafe zu belegen seyn würde. Im ersten Fall soll die Rückfallsstrafe betragen: A. beim ersten Rückfall (zweiten Diebstahl) drei bis vierzehn Tage Gefängniß; B. beim zweiten Rückfall (dritten Diebstahl) zwei Monate Gefängniß bis ein Jahr Zuchthaus; C. beim dritten Rückfall u. s. w. vier Monate Gefängniß bis zwei Jahre Zuchthaus. Im zweiten Falle, wenn nämlich der Dieb schon allein wegen dessen, was er seit seiner letzten Bestrafung gestohlen hat, Zuchthausstrafe verwirkt hätte, soll die Rückfallsstrafe seyn: beim ersten Rückfall ein bis sechs Monate Zuchthaus; beim zweiten Rückfall zwei Monate bis zwei Jahre Zuchthaus; beim dritten Rückfall u. s. w. vier Monate bis vier Jahre Zuchthaus. 4) Sind solche Personen wegen zweiten oder dritten Rückfalls zu bestrafen, die sich durch fortgesetztes Vagabondiren und sonst als gemeingefährlich, oder als der Diebere im hohen Grade ergeben, gezeigt haben, so ist eine Erhöhung der Rückfallsstrafe um die Hälfte zulässig. 5) Beim Abmessen der Rückfallsstrafe, innerhalb der vorgezeichneten Grenzen, ist zu sehen: auf die höhere oder geringere Strafbarkeit des von neuem verübten oder versuchten Diebstahls, so wie auf die Art und Größe der früheren Strafen, auch ob diese ganz oder nur zum Theil vollzogen worden, — ferner auf die kürzere oder längere Zeit, welche seit Beendigung der letzten Strafe bis zur Verübung des neuen Diebstahls abgelaufen ist, und auf den inmittelst vom Thäter geführten Lebenswandel, — endlich auf den Umstand, ob der Dieb mehr als dreimal rückfällig geworden ist und wie oft. 6) Die Rückfallsstrafe fällt ausnahmsweise weg, wenn seit überstandener letzten Strafe bis zur Verübung des oder der wiederholten Diebstähle zehn Jahre verflossen sind.

§. 18. Der Versuch des Diebstahls ist, als solcher, nur dann strafbar, wenn bereits mit der Vollführung des Verbrechens der Anfang gemacht, und dieselbe nur durch solche Umstände verhindert worden ist, die außer dem Wil-

Digitized by Google

len des Thäters lagen. Die Strafe eines solchen Versuchs soll um so schärfer seyn, je weiter in Vollführung des beabsichtigten Diebstahls vorgeschritten war. Sie darf nicht geringer als der sechste Theil, und nicht schwerer als die Hälfte der Strafe des vollendeten Diebstahls seyn.

§. 19. 1) Haben mehrere Personen in Gemeinschaft einen Diebstahl verübt, so hat jeder von ihnen (Miturheber) die der Beschaffenheit des Diebstahls entsprechende volle gesetzliche Strafe verwirkt. Gleiche Strafe trifft den an der Ausführung des Verbrechens nicht Theil nehmenden Anstifter. 2) Bei einem voraufgegangenen Complott zum Diebstahle sollen diejenigen, welche dasselbe zuerst vorgeschlagen und zu Stande gebracht (Anstifter) oder das Unternehmen geleitet haben (Anführer), bei sonst gleichen Verschuldungs-Verhältnissen, höher als die übrigen Theilnehmer, wenn diese selbst nicht schon das höchste gesetzliche Strafmaaß verschuldet haben, mithin ohne Ueberschreitung des letzteren, bestraft werden. Ausnahmsweise sind die Theilnehmer des Complotts, jedoch mit Ausschluß der Anstifter desselben, von Strafe frei, wenn sie der Obrigkeit zu einer Zeit, wo dem Verbrechen noch vorgebeugt werden konnte, eine Anzeige von dem Complott gemacht haben, und dadurch die Vollführung des Verbrechens verhindert worden ist. 3) Die Gehülfen sind im Verhältniß der Unterstützung, welche sie dem Thäter geleistet haben, mit ein Drittel bis zu zwei Drittel der Strafe zu belegen, die sie verwirkt haben würden, wenn sie Miturheber gewesen wären. Ist der Diebstahl, zu welchem die Beihülfe geleistet wurde, nicht vollendet worden, so ist die Strafe des Gehülfen im Verhältniß zu der vom Hauptthäter verwirkten Strafe des Versuchs zu ermäßigen.

§. 20. 1) Die Diebeshehlerei ist, nach Umständen, mit Gefängniß, bis zu einjährigem Zuchthause zu bestrafen. In diese Strafe verfällt derjenige, der wissentlich und aus eigennütziger Absicht einem Diebe Zuflucht verschafft, oder Sachen, die ihm als gestohlen bekannt sind, bei sich aufnimmt, verbirgt, an sich bringt, oder zu deren Absatz an Andere mitwirkt. 2) Wer aus der Diebeshehlerei ein Gewerbe macht, hat Zuchthausstrafe von vier Monaten bis zu acht Jahren verwirkt. 3) Wenn die Unterstü-

Digitized by Google

chung nur so viel ergiebt, daß Jemand unter Umständen, die ihm verdächtig seyn konnten und mußten, sich auf die vorgedachte Weise mit Dieben oder gestohlenen Sachen befaßt hat, so verfällt derselbe, wenn er auch der wissentlichen Diebeshehlerei weder geständig noch überführt ist, in eine Geldstrafe bis zu funfzig Thalern, welche, im Fall des Unvermögens, mit Gefängniß bis zu vier Wochen zu verbüßen ist. 4) Wer ohne eigennützige Absicht dem Diebe nach vollbrachter That Vorschub leistet, soll Gefängnißstrafe von vier und zwanzig Stunden bis zu 8 Tagen, oder Geldstrafe bis zu 10 Thaler erleiden. Ehegatten, Verwandte in auf- und absteigender Linie, Geschwister, Verschwägerte bis zum zweiten civilrechtlichen Grade, Vormünder und Mündel, Pflegeeltern und Pflegekinder sind von der Strafe der Begünstigung frei, wenn ihnen nichts weiter zur Last fällt, als daß sie den Dieb nach vollbrachter That gegen Entdeckung und Strafe zu schützen gesucht haben.

§. 21. Wer eine Sache, die über einen halben Thaler werth ist, und von der er nicht annehmen kann, daß sie der Eigenthümer aufgegeben habe, gefunden und sich dieselbe ohne weiteres als die seinige zugeeignet hat, verfällt in die Hälfte der auf einfachen Diebstahl von gleichem Werthbetrage gesetzten Strafe (§. 5.). 2) Der Finder ist nämlich verpflichtet, binnen 14 Tagen, entweder dem ihm bekannten Eigenthümer oder der nächsten Obrigkeit von seinem Funde Anzeige zu machen und auf Verlangen die Sache abzuliefern. Hat er weder das eine noch das andere gethan, — auch nicht durch ein öffentliches Blatt den unbekannten Eigenthümer durch Zurücknahme aufgefordert, übrigens aber noch in keiner Weise an den Tag gelegt, daß er die gefundene Sache als die seinige betrachten wolle, — so ist er in Geldstrafe von zwei bis zwanzig Thaler zu nehmen, vorausgesetzt, daß der gefundene Gegenstand mindestens den Werth eines halben Thalers hat.

§. 22. In nachstehenden Entwendungsfällen soll das richterliche Strafamt entweder gar nicht, oder doch nur auf Antrag geübt werden. 1) Die von Kindern, welche das zwölfte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, begangenen Entwendungen sind keiner gerichtlichen Strafe zu unterwerfen; nur häusliche oder, nach Umständen, polizeiliche

Digitized by Google

Züchtigung und Besserungsmittel sind hier anwendlich. 2) Wer nach einem einfachen, zum ersten Male begangenen Diebstahl, dessen Werth fünfzehn Thaler nicht übersteigt, vor Einschreitung der Behörde gegen ihn, durch Rückgabe des Gestohlenen oder Erstattung des Werthes den Beschädigten schadlos stellt, ist keiner Bestrafung zu unterwerfen. 3) Nur auf Antrag des Beschädigten oder dessen Vertreters sind zur Strafe zu ziehen: a. die Entwendungen, welche zwischen Ehegatten, Blutsverwandten in auf- und absteigender Linie, zwischen Geschwistern, Stiefeltern und Stiefkindern statt gefunden haben; vorausgesetzt jedoch, daß der Thäter sich zu einer solchen Entwendung nicht mit Waffen versehen hat; b. die Entwendung, welche an Eß- oder Trinkwaaren zum eigenen Genuß begangen ist. Sind nach der Zeit, da dem Beschädigten oder dessen Vertreter der Entwender bekannt geworden ist, vier Wochen verstrichen, ohne daß ein solcher Antrag gemacht wäre, so ist dieser nicht weiter zulässig. Wird der Antrag wieder zurückgenommen, bevor noch der Angeschuldigte als solcher im Verhör gewesen ist, so ist das Verfahren wider ihn einzustellen. Eine spätere Zurücknahme ist unzulässig. 4) Einfache noch nicht bestrafte Entwendungen, von Jemandem begangen, der bisher wegen Diebstahls noch keinerlei Bestrafung erlitten hat, sind, wenn der Werth der einzelnen, oder der zusammengerechnete Werth mehrerer solcher Entwendungen die Summe von fünf Thalern nicht übersteigt, von der Orts-Polizei zu rügen, und mit Gefängniß von vier und zwanzig Stunden bis zu einer Woche, oder statt dessen mit körperlicher Züchtigung von sechs bis zu fünf und zwanzig Streichen zu belegen. Jedoch können Entwendungen dieser Art, unter einem Thaler an Werth, wenn sie an Feld-, Wiesen- und Garten-Gewächsen begangen sind, mit Geldstrafe von einem bis fünf Thaler gerügt werden. Will der Thäter sich dem Polizei-Bescheide nicht unterwerfen, so ist die Sache an das zuständige Criminalgericht zur gerichtlichen Behandlung und Aburtheilung abzugeben. Da, wo die Orts-Polizei von einer Gutsherrschaft verwaltet wird, kann der Gutsherr selbst mit Zuziehung eines Actuars, jene polizeiliche Rüge verfügen; sonst aber soll in diesen geringen Diebstahlsfällen der ordentliche Patrimonialrichter, mit gleicher

Digitized by Google

cher Zuziehung des Actuars, zu der polizeilichen Einschreitung berechtiget und verpflichtet seyn. Ist der, die polizeiliche Rüge verfügende Gutsherr bei der Entwendung als Beschädigter betheiligt, so ist der Entwender mit der Berechtigung, die Abgabe der Sache an das Criminalgericht fordern zu können, wenn er sich der erfolgten Strafbestimmung nicht unterwerfen wolle, zum Protocoll bekannt zu machen. Die vorstehenden Bestimmungen nr. 2. und hinsichtlich der polizeilichen Behandlung auch die nr. 4. finden auch auf die Fälle des §. 21. Anwendung.

§. 23. Wenn nach Verübung eines Diebstahls funfzehn Jahre verflossen sind, ohne daß der Thäter wegen dieses Verbrechens zum Verhör gezogen, oder verhaftet, oder mit Steckbriefen verfolgt worden wäre, so darf dann eine Untersuchung wider ihn wegen jenes Verbrechens nicht mehr Statt finden.

§. 24. 1) Die mit gegenwärtigem Gesetze nicht übereinstimmenden Vorschriften des gemeinen Rechts und der Landesverordnungen werden hiedurch für aufgehoben erklärt. 2) Auf Wilddieberei und Jagdfrevel, so wie auf unbefugtes Fischfangen aus Landseen und fließenden Gewässern soll dieses Gesetz keine Anwendung finden, vielmehr bewendet es in dieser Beziehung bis auf weiteres bei dem bisherigen Rechte. 3) Nach Publication dieses Gesetzes ist dasselbe sofort bei allen noch nicht eröffneten, auch nicht von einer Spruchbehörde bereits abgesandten Straferkenntnissen in Diebstahlssachen zur Richtschnur zu nehmen; jedoch darf niemals, auf den Grund dieses Gesetzes, ein bereits gesprochenes Erkenntniß durch das zweite oder dritte Urtheil in derselben Sache in irgend einer Beziehung zum Nachtheil des Inculpaten abgeändert werden.

Gegeben durch Unsere Regierung, Schwerin, den 4. Januar 1839.

I. Bei dem Studium des mitgetheilten Gesetzes bemerkt man leicht, daß das Gesetz keine Definition des Diebstahls und überhaupt keine Bestimmungen enthält, welche nur der Wissenschaft angehören, z. B. über Vollendung des Diebstahls u. A. Der Gesetzesentwurf ent-

Digitized by Google

hielt zwar in §. 1. einen Begriff des Diebstahls *), allein auf dem Landtage wurde der Artikel verworfen, wie wir glauben mit Recht, weil man bei einem Specialgesetz nicht weiter Bestimmungen aufnehmen soll, als der Zweck des Gesetzes es fordert, durch das neue Gesetz aber nur eine Gleichförmigkeit in der Strafanwendung und Fixirung einer gerechten Strafscala bezweckt werden sollte, die Begriffsbestimmung aber, so wie andere allgemeine Sätze, z. B. über Vollendung des Diebstahls, über Diebstahl an der gemeinschaftlichen Sache u. A., der Wissenschaft überlassen werden müssen, welche im gemeinen Rechte in Bezug auf die vorliegenden Rechtsquellen so vieles geleistet hat. Ohnehin darf kein Gesetzgeber sich einbilden, daß durch eine magere Definition des Diebstahls im Gesetzbuche viel gewonnen werden kann; jedes Wort in einer solchen Definition wird wieder streitig, und will der Gesetzgeber alle Controversen abschneiden, so muß er eine große Reihe von Artikeln beifügen, welche am Ende das Gesetzbuch in ein wissenschaftliches Handbuch verwandeln.

II. In Bezug auf die Strafarten kennt das neue Gesetz nunmehr zwei, Gefängniß und Zuchthaus. Schon vor einigen Jahren ist in Mecklenburg der Bau einer neuen Strafanstalt in Bützow beschlossen; der Bau wird bald beendigt seyn, und Mecklenburg erhält dann ein auf das Pönitentiarsystem gegründetes Gefängniß. In der Zwischenzeit wird die Zuchthausstrafe in dem bisherigen Zuchthause zu Dömitz verbüßt. Gefängnißstrafe und Zuchthausstrafe gränzen nach dem neuen Gesetze auf die Art an einander, daß die erste bis 6 Monate, die zweite

*) Es hieß im Art. 1: Des Diebstahls ist schuldig, wer eine fremde bewegliche Sache ohne freie Einwilligung des dazu Berechtigten, jedoch ohne Gewaltverübung an einer Person wissentlich widerrechtlich weggenommen hat, und zwar in der Absicht, die genommene Sache sich oder Anderen zuzuwenden.

Digitized by Google

nicht unter 4 Monate erkannt werden darf. So weise wir die Vorschrift des Gesetzes erkennen, daß die Gefängnißstrafe durch einsame Haft vollzogen werden muß, so bedenklich erscheint uns die eben bezeichnete Abgränzung der beiden Freiheitsstrafen. Das Zuchthaus sollte nie auf so kurze Zeit erkannt werden, theils weil man sonst genöthigt wird, zu viele, auch weniger schwere Verbrechen mit einer Strafart zu bedrohen, welche nach der Meinung des Volkes denjenigen entehrt, der mit dem Zuchthause bestraft wurde, so daß diese Strafe auch für schwere Verbrechen angewendet werden soll, theils weil die Einrichtung des Zuchthauses, wenn man dasselbe auf das Pönitentiarsystem baut, nothwendig die Anwendung von Mitteln fordert, welche auf eine längere Dauer berechnet sind, indem die Erfahrungen über Pönitentiarsystem lehren, daß die Besserung der Sträflinge nur durch Anwendung der nach jenem Systeme zu Gebote stehenden Mittel in einer wenigstens über ein Jahr (nach anderen Beobachtungen selbst über zwei Jahre) fortdauernden Strafzeit bewirkt werden kann.

III. Nach dem Gesetze kann auch körperliche Züchtigung erkannt werden, und zwar entweder statt der Gefängnißstrafe — oder in Verbindung mit derselben zur Abkürzung der Strafzeit. Unfehlbar verdient die Vorschrift, daß die Strafzeit abgekürzt werden soll, indem die Strafe intensiv stärker gemacht wird, Billigung. Ein Mittel hiezu bietet die Verschärfung des Gefängnisses durch Hungerkost; ein anderes zweckmäßiges Mittel, das der Verschärfung durch den Dunkelarrest, hat das Mecklenburgische Gesetz mit Unrecht vernachlässigt. Die Erfahrung lehrt, daß diese Schärfung geeignet ist, die Intension des Strafübels sehr zu vermehren und eine abschreckende Kraft zu üben. Dagegen bemerkt man ungern unter den Mitteln, durch welche die Abkürzung der Gefängnißstrafe be-

Digitized by Google

wirkt werden kann, die körperliche Züchtigung. Diese Strafart sollte aus dem Gesetzbuche ganz weggestrichen werden; man thut Unrecht, die Gegner derselben der Sentimentalität zu beschuldigen; der wahre Grund, der gegen die Strafart geltend zu machen ist, liegt in der großen Ungleichheit ihrer Wirkung und in dem durch ärztliche Erfahrung nachgewiesenen schädlichen Einflusse auf die Gesundheit des Bestraften.

IV. Das Strafverhältniß, welches das neue Gesetz zum Grunde legt, ist auf die in Mecklenburg ausgebildete Praxis gebaut. Die Motive gehen von der richtigen Ansicht aus, daß selbst die Klugheit gebiete, keine unverhältnißmäßig harten Strafen zu drohen. Die Commission hat die Mittheilungen der Spruchbehörden in Mecklenburg berücksichtigt und darnach ihre Vorschläge gemacht. Das höchste Maaß des einfachen Diebstahls sollte nach dem Entwurfe (§. 5.) 6 Jahre Zuchthaus betragen; nach dem Gesetze beträgt es nur 4 Jahre, nämlich wenn der Werth des Gestohlenen über 1000 Thaler ausmacht. Es stimmt dies Strafverhältniß im Wesentlichen mit demjenigen überein, das auch in anderen neueren Gesetzbüchern vorkommt *). Bei dem ausgezeichneten Diebstahle steigt die Strafe bis auf 6 Jahre Zuchthaus und bei ausgezeichnetem Diebstahle dritten Grades bis zu 10 Jahren. Wenn von Diebesbanden Diebstähle verübt werden, so kann gegen den Anführer selbst lebenslängliches Zuchthaus erkannt werden. Eine der schwierigsten Aufgaben für den Gesetzgeber ist die, das Strafverhältniß des einfachen Diebstahls und zwar bei kleinen Summen richtig zu bestimmen. Die Erfahrung lehrt, daß Diebe, welche später der Sicherheit sehr bedrohlich werden, häufig zum ersten Mal nur kleine Diebstähle verüben, und daß die der Dauer nach

*) Nach dem Würtembergischen.

Digitized by Google

unbedeutende Strafe des kleinen Diebstahls auf solche Individuen gar nicht abschreckend wirkt, daß vielmehr in der Einrichtung unserer Gefängnisse ein Grund liegt, der die Sträflinge nach ihrer Entlassung zu neuen Verbrechen anregt, da die Gesellschaft völlig verdorbener Verbrecher, mit welchen die Neulinge auf der verbrecherischen Laufbahn in den Gefängnissen zusammenleben, verderblich auf die letzteren wirkt. Hier muß durch die Isolirung der Sträflinge (nach dem Systeme von Genf) der moralischen Ansteckung entgegengewirkt werden, und zweckmäßig wäre es, wenn schon die Strafe des ersten kleinen Diebstahls mit Schärfungen verbunden würde, (vorzüglich ist nach der Erfahrung der Dunkelarrest mit gehörigen Beschränkungen wirksam). Die Intension der Strafe würde dann auf das Gemüth des Sträflings abschreckend wirken. — Eine wichtige Frage ist es, ob man nach dem Vorbilde mehrerer neuen Gesetzgebungen Diebstähle unter einem gewissen Betrage, z. B. unter 5 Thalern, zur polizeilichen Aburtheilung verweisen soll; der §. 22. des vorliegenden Gesetzes thut dies, indem er bei Personen, die wegen einfachen ersten Diebstahls unter 5 Thalern prozessirt werden, eine polizeiliche Rüge eintreten läßt, wo Gefängniß von einem Tag bis zu einer Woche oder statt derselben körperliche Züchtigung bis 25 Streichen erkannt werden kann. Das Gesetz giebt aber dem Angeschuldigten, der sich der Polizeibehörde nicht unterwerfen will, das Recht, die gerichtliche Aburtheilung zu verlangen. Nach der Erfahrung der Länder, in welchen diese polizeiliche Aburtheilung vorkommt, bemerkt man manche Nachtheile, und zwar werden dann manche Fälle, welche einen ernsteren Charakter an sich tragen, nur oberflächlich nach der Natur der polizeilichen Verhandlung untersucht; die Herstellung des Thatbestandes geschieht nicht gehörig; man begnügt sich mit einer sehr summarischen Prozedur ohne Berücksichti-

Digitized by Google

genug mancher Merkmale, welche schon dergleichen erste Fälle als bedeutend darstellen. Auch ist das bei den Polizeibehörden befindliche Gefängniß nicht von der Art, daß es abschreckend oder einen großen moralischen Eindruck auf den Bestraften zu machen geeignet ist.

In Bezug auf die Art der Strafdrohung bemerkt man, daß das gegenwärtige Gesetz einen großen Raum dem richterlichen Ermessen gewährt, z. B. nach §. 7. kann der Richter zwischen 4 Monaten bis 8 Jahren, und nach §. 8. zwischen 1 bis 10jährigem Zuchthause wählen. Wir billigen diese Erweiterung des richterlichen Ermessens unter der Voraussetzung, daß die Richter einen weisen Gebrauch von diesem Rechte machen und nicht in jene Fehler verfallen, welche wir in einem andern Aufsatze gerügt haben; insbesondere bedarf es der Warnung, daß die Richter nicht sich einbilden, daß regelmäßig das Medium der gedrohten Strafe (zwischen 1 bis 10 Jahren) erkannt werden müßte.

V. Zweckmäßig ist es, daß das Gesetz den Diebstahl unter erschwerenden Umständen (§. 12. 13.) von dem ausgezeichneten Diebstahle trennt; macht man, wie das baierische Gesetzbuch und zum Theil der französische Code es thut, solche Erschwerungsgründe, z. B. bei dem Hausdiebstahl, bei dem Diebstahl am Gepäck der Reisenden, zu Auszeichnungsgründen, so kommt man in der Strafanwendung zur unerträglichen Härte, deren Nachtheile durch beständige Begnadigungen beseitigt werden müssen. — Unter den im vorliegenden Gesetze genannten Gründen, welche den Diebstahl zum ausgezeichneten machen, kommen manche vor, welche schwerlich mit Recht hieher gezählt worden sind, z. B. Pferdediebstahl (hier hat die Abschreckungstheorie und die Rücksicht, um die Pferdezucht in Mecklenburg zu schützen, den Gesetzgeber verführt); ferner, wenn der Dieb, um zur Nachtzeit zu stehlen, sich in bewohnte Gebäude eingeschlichen

Digitized by Google

hatte. Diese Rücksicht sollte nur unter den Erschwerungsgründen ihren Platz finden; denn das Einschleichen an sich begründet noch keine größere Gefährlichkeit des Diebes, und der Begriff von Nachtzeit ist ein so unbestimmter, daß man von dem Daseyn dieses Merkmals nicht nothwendig das Eintreten einer höheren als der sonst verdienten Strafe abhängig machen sollte. Besser würde es dem Richter überlassen werden, bei der Ausmessung der Strafe auch auf den Umstand, ob zur Nachtzeit gestohlen ist, die geeignete Rücksicht zu nehmen.

VI. Der Mecklenburgische Gesetzgeber hat zwar nicht eine allgemeine Ermächtigung den Richtern gegeben, die Strafe unter das Minimum herabzusetzen; allein die Vorschrift des §. 10. verdient vorzügliche Billigung, um so mehr als sie den Willen des Gesetzgebers andeutet, bei künftiger Strafgesetzgebung für Mecklenburg diese Vorschrift bei allen Verbrechen eintreten zu lassen. Es kann darnach überall, wo die Zurechnungsfähigkeit des Angeschuldigten zwar nicht aufgehoben, aber doch in einem hohen Grade beschränkt ist, der Richter unter das durch das Gesetz bestimmte geringste Strafmaaß herabgehen. Vorzüglich verdienen die Bestimmungen des Gesetzes über jugendliche Diebe Beachtung, obwohl auch einige Zweifel nicht zu unterdrücken sind. Nach dem Gesetze (§. 22.) soll bei Kindern, die das 12te Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, gar keine gerichtliche Strafe eintreten. — Ist der Thäter über 12, aber noch nicht 18 Jahre alt, so ist ein Strafminderungsgrund anzunehmen, wenn nicht aus den Umständen sich ergiebt, daß der Thäter mit weiser Ueberlegung gehandelt habe. Da jedoch der Strafminderungsgrund den Richter nicht berechtigt, unter das Minimum herabzugehen, so ist nicht einzusehen, warum die Vorschrift in §. 11. aufgenommen ist; denn daß Jugend als Strafminderungsgrund bei den

Digitized by Google

Strafausmessung wirke, ist ohnehin klar; auf jeden Fall ist aber die Vorschrift lieber wegzulassen, weil sie den Richter zu dem irrigen Glauben verleiten könnte, daß die Jugend nach dem 18ten Lebensjahre kein Minderungsgrund sey, was gewiß unpassend seyn würde. Es ist aber auch eine Lücke im Gesetz, indem der Richter darnach den jungen Dieb, der über 12 Jahre alt ist, nicht milder behandeln, und bei ihm von dem Minimum der Strafe nicht abgehen darf. Dies ist ungerecht; — die Jugend sollte bis zum 16ten Jahre ein wahrer Milderungsgrund seyn, der bewirkt, daß immer eine geringere Strafe eintrete, als sonst gegen den erwachsenen Sträfling erkannt werden muß.

VII. Das neue Gesetz (§. 22.) hat in manchen Fällen kein amtliches Einschreiten wegen des Diebstahls gestattet, sondern die Bestrafung von dem Antrage des Beschädigten abhängig gemacht. Mit Recht ist dies bei Entwendungen zwischen Ehegatten, Blutsverwandten, Geschwistern u. A. angenommen worden; nur wäre es zweckmäßig gewesen, die Entwendung, die zwischen Ehegatten oder an Descendenten begangen wird, von andern Familiendiebstählen zu trennen. Bei den Ersten sollte gar keine Strafverfolgung, sondern nur bürgerliche Klage zugegeben werden; die Innigkeit des Familienverhältnisses unter solchen Personen fordert dies; bei Anderen rechtfertigt sich die Ausschließung des Inquisitionsprozesses, aber auch da nur, wenn der Diebstahl nicht mit Gewaltthätigkeiten verübt war. Wenn das Mecklenburgische Gesetz erklärt, daß auf Anzeige des Beschädigten oder dessen Vertreters die Untersuchung eingeleitet werden soll, so ist dies bedenklich, z. B. wenn ein Bruder den andern bestiehlt und gegen den Willen des Vaters, unter dessen Gewalt beide noch minderjährige Söhne stehen, der Bestohlene die Anzeige macht. Zweckmäßig dürfte es auch seyn, wenn (aus

Digitized by Google

ähnlichen Gründen, welche bei dem Familiendiebstahle eintreten) bei den Diebstählen an Pflegeeltern, Vormündern — und selbst bei Diebstählen, die von Dienstboten, Lehrlingen an der Dienst- oder Hausherrschaft begangen werden, die Untersuchung nur eintreten zu lassen, wenn der Dienst- oder Hausherr anzeigt; denn in solchen Fällen wird häufig durch eine amtliche voreilige Untersuchung mancher Nachtheil herbeigeführt, der Familienfrieden gestört, während oft durch die Anwendung häuslicher Zuchtmittel vorzüglich bei jugendlichen Uebertretern besser als durch öffentliche Bestrafung gewirkt werden kann.

VIII. Die Vorschrift, daß die freiwillige Rückgabe des Gestohlenen oder Erstattung des Werthes vor obrigkeitlichem Einschreiten ein Strafaufhebungsgrund seyn soll (§. 22.), ist sehr zu billigen. Die Erfahrung lehrt, daß dadurch häufig die thätige Reue des Diebes den Bestohlenen in den Besitz des Gestohlenen setzt, während er sonst vielleicht nichts mehr erhalten haben würde. Nicht zu billigen aber ist es, wenn das Gesetz nur bei einem Diebstahle, dessen Werth 15 Thaler nicht übersteigt, diesen Strafaufhebungsgrund eintreten läßt. Solche Spielerei mit Zahlen im Strafrechte bewirkt, daß der Zufall auf die Strafanwendung einen zu großen Einfluß erhält und durch die auffallenden Strafurtheile die Strafjustiz in ihrem Ansehen leidet. Der gesunde Menschenverstand begreift nicht, warum der, welcher 15 Thlr. stiehlt und zurückgiebt, straflos seyn soll, und der, welcher 15 Thlr. und 6 Groschen entwendet und sogleich aus freiem Antriebe restituirt, mit Strafe belegt werden soll.

IX. Bei der Rückfallsstrafe (§. 17.) ist der Gesetzgeber von richtigen Ansichten (Motiv S. 12.) ausgegangen; indem er nicht eine absolut bestimmte Strafe auf den Rückfall setzt, sondern den Richter anweist, das neue Verbrechen nach seiner Eigenthümlichkeit zu würdigen,

Digitized by Google

den Rückfall nur als Strafschärfungsgrund zu betrachten und nach gewissen — im Gesetze weise angedeuteten Rücksichten — die Schuld zu bestimmen. Sehr richtig wurde bei der Strafdrohung der Weg gewählt, der Rückfallsstrafe ein eigenes Minimum und Maximum in gehörigen Stufenfolge zu bestimmen.

X. Zweckmäßig ist es, daß das Gesetz auch manche gemeinrechtlich vorhandene Controversen, die dem allgemeinen Theile angehören, abgeschnitten hat, z. B. in §. 18. wegen der Strafbarkeit des Versuchs, wo die richtige Ansicht sanctionirt ist, daß der Versuch nur dann strafbar sey, wenn bereits mit der Vollführung des Verbrechens der Anfang gemacht wurde. So sind auch im §. 9. wegen unverschuldet erlittener Untersuchungshaft, ferner wegen Berechnung der Strafe des Gehülfen (§. 19.), des Begünstigers (§. 20.) geeignete Vorschriften erlassen worden.

Digitized by Google

XXIV.

In wie fern rechtfertigt sich eine von dem Strafrechte getrennte wissenschaftliche Darstellung des strafrechtlichen Verfahrens?

Von

A b e g g.

(Beschluß von Nr. XX. im vorigen Stücke.)

Es sey mir erlaubt, von vielen Beweisstellen nur eine hervorzuheben, die das Gesagte bestätigt und auch sonst wichtig ist, nämlich Gaji *Inst. Comm.* IV, §. 11. [9]).

Das prätorische Edikt, dessen der Jurist hier, als noch nicht vorhanden, Erwähnung thut, hat rücksichtlich des Verhältnisses des Prozesses zu dem materiellen Rechte nach der Seite hin, die uns hier beschäftigt, nichts geändert: das Verfahren bleibt insbesondre für die dem Edikte sich zuwendende wissenschaftlich praktische Behandlung der

9) „Actiones quas in usu veteres habuerunt Legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, *quia ipsarum legum verbis accommodatae* erant, et ideo immutabiles *proinde atque leges observabantur*; unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione *vites* nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset *arbores* nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de *arboribus succisis* loqueretur."

Digitized by Google

Mittelpunkt, an welchen sich die Rechtsgrundsätze anreihen, und das Edikt wird die Grundlage auch für die Ordnung der Materien.

Wir finden, da eine ähnliche und leicht erklärliche Erscheinung auch im Strafrechte vorkommt, hier keinen Grund, einen wesentlichen Unterschied zwischen dem bürgerlichen und dem peinlichen Rechte anzunehmen. Wo eigentliche strafrechtliche Bestimmungen nicht durch die Wissenschaft und die weitere Ausbildung mittelst der Anwendung, sondern durch die Gesetzgebung getroffen werden, da geschieht dieses regelmäßig und in den wichtigsten Fällen, worüber eigentliche leges de judicio publico erlassen wurden, ohne Ausnahme, so daß die nothwendigen prozessualen Bestimmungen zugleich mit in demselben Gesetz getroffen werden: ja da grade die Anordnung eines judicium publicum für gewisse Fälle die Hauptsache ausmacht und das Gesetz davon seinen Namen hat, so ist auch hier der Prozeß der Mittelpunkt. Man hat daher auch schon die Bemerkung gemacht, daß im römischen Strafrechte gewissermaßen eine Reihe von Prozeß-Ordnungen neben einander bestehen, und daran die Warnung geknüpft, nicht, was bei Gelegenheit eines gewissen Verbrechens und des zu beobachtenden Verfahrens angeordnet sey, unbedingt für etwas Allgemeines, auf andere Fälle Uebertragbares zu nehmen. Auch die Grundeintheilung der Verbrechen im römischen Rechte, in delicta privata, publica und extraordinaria crimina, ist vom Prozeß entlehnt, weshalb, da bei uns der Gegensatz von s. g. öffentlichen und Privat-Verbrechen, wie diesen die Wissenschaft aufstellt, aus der Sache selbst entnommen ist, für denselben keineswegs jene etwas ganz Anderes bezeichnenden Ausdrücke von publica und privata delicta gebraucht werden dürfen.

Digitized by Google

Nicht minder findet sich aber jene Verbindung von materiellem Strafrecht und Prozeß, oder noch mehr, das Vorherrschen der prozessualen Seite bei der geschichtlichen Bildung in dem germanischen Rechte. Von dieser zwar auf andern historischen Gründen beruhenden, aber in dem Ergebniß mit dem bisher Betrachteten zusammentreffenden Eigenthümlichkeit habe ich bei einer andern Gelegenheit ausführlicher gehandelt, und begnüge mich hier nur die Hauptmomente in Erinnerung zu bringen [10]).

Die ganze allmählige Heranbildung eines öffentlichen Strafrechts geht von dem Verfahren, und dieses selbst zunächst von der Selbsthülfe und Rache gegen den Urheber des zugefügten Unrechts, oder gegen dessen Angehörige aus. Die Stufen sind

1) Wegen der an einem Andern verübten Verletzung hat der Schuldige die Fehde zu gewärtigen: faidam portet, inimicitiam sustineat.

Allmählig kamen die Abfindungen als Privatvergleich auf — Compositionen, so jedoch, daß diese, wenn auch bereits ihr Betrag für die einzelnen Fälle festgestellt ist, doch nicht unbedingt geleistet werden müssen, sondern

2) den Schuldigen die Wahl frei bleibt, die Verletzten zu sühnen, den sonst bevorstehenden Streit beizulegen, oder denselben mit seinen Folgen zu erwarten — das Gesetz stellt die Alternative auf: faidam portet, inimicitiam sustineat aut . . . componat.

So weit macht sich die Concurrenz einer öffentlichen Gewalt geltend, und das Wesen der Schuld mit der Nothwendigkeit einer öffentlichen Sühne tritt noch nicht selbstständig hervor. Nur die Familie und die Stammgenossen, die, welche bei dem Kampfe zur Seite stehen, sind be-

10) Meine historisch-praktischen Erörterungen aus dem Gebiete des strafrechtlichen Verfahrens S. 45 f.

Digitized by Google

theiligt. Dies führt auf die Eideshülfe und macht in dem nun zum Vorschein kommenden Institut des Reinigungs-Eides den Uebergang zu einem Verfahren, bei dem es jetzt auf den Beweis und beziehungsweise auf die Ablehnung der Schuld ankommt. Die Fehde, obschon sie sich noch lange Zeit nachher erhielt, wird in dem nunmehrigen Strafsatze gar nicht mehr unmittelbar genannt. Von der frühern Alternative bleibt nur die eine Seite übrig: der Schuldige soll (diese bestimmte Summe) büßen. Aber es ist sein Recht, sich über die Anschuldigung zu erklären und durch das juramentum purgatorium frei zu machen, wenn er die ihm zur Last gelegte That in Abrede stellt. Daher

3) die den weitern Fortschritt bekundende Alternative: componat — aut si negare voluerit, (secundum qualitatem pecuniae) juret. Selbst eine Trennung bei nur theilweisen oder bedingten Geständnissen erscheint zulässig. „Quod si factum negaverit, quod talis plaga non fuerit, in quantum confessus fuerit, solvat, et de reliquo cum VI juret. — Quod si quis absque effusione sanguinis in quocunque libet membro os fregerit, 18 sol. culpabilis judicetur, aut cum VI juret, quod os fractum non fuisset et tunc unum solidum componat" [11]).

Hiebei bleibt es im Wesentlichen stehen, nur daß, nachdem sich im Laufe der Zeit der privatrechtliche Charakter der Entschädigung, gegenüber dem nun sich behauptenden der öffentlichen Genugthuung, zurückzieht, die Beurtheilung durch Beweisung oder Ueberführung so wie auf den Grund des Geständnisses statthaft wird und der Reinigungs-Eid

11) L. Ripuar. Tit. 68. Cap. 3. 4. Mein Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft §. 25.

Digitized by Google

eine beschränktere Bedeutung erhält, wonach er nicht sowohl ein Recht des Angeklagten als unter Bedingungen eine ihm auferlegte Pflicht wird. Damit geht die ganze Verhandlung in ein mehr geordnetes Verfahren über, bei welchem nothwendig die früher fast allein thätigen Betheiligten ihr Recht wahrnehmen, aber zugleich als Pflichten, in sofern jetzt das Gericht wesentlich im öffentlichen Interesse das Verbrechen aufsucht und ahndet, welches auch die Form des Verfahrens seyn möge. Denn auch in dem Anklageprozeß spricht sich das Untersuchungsprincip als ein nothwendiges aus [12]).

Dieser innere Zusammenhang, der nun zwischen dem materiellen Recht und dem Verfahren Statt findet, findet sich dann insbesondere auch in unsern Quellen ausgesprochen. Wer, um hier zunächst nur vom römischen Rechte zu sprechen, die Titel durchgeht, welche den einzelnen Lehren gewidmet sind, der wird leicht von der stets neben einander gehenden sachlichen und prozessualen Behandlung sich zu überzeugen im Stande seyn. Namentlich sind in allen den Titeln, die von Klagen und Einreden einer bestimmten Art handeln, eine Menge von materiellen Grundsätzen niedergelegt, und umgekehrt wird in solchen, welche letztere zum Hauptgegenstand machen, die Seite der Rechtsverfolgung und Geltendmachung vor Gericht stets berücksichtigt. Dies ist nicht minder der Fall in den Titeln, welche das Strafrecht betreffen, und so darf man allerdings eine getrennte wissenschaftliche Behandlung der beiden oft gedachten Theile oder Seiten des Rechts, vom geschichtlichen Standpunkte aus, nur mit großer Beschränkung zulassen, und jedenfalls muß man die Forderung aufstellen, daß der Zusammenhang stets, selbst bei der bedingt zulässigen Trennung, festgehalten und der eigenthüm-

12) Mein Lehrbuch des Criminal-Prozesses §. 148. 162.

Digitized by Google

liche und Total-Eindruck, den wir aus den Quellen zu empfangen haben, nicht durch willkührliches Zerreißen des wesentlich Zusammengehörenden gestört, und ein unrichtiges Bild aufgenommen werde.

Somit wird gegen die Ansicht, deren Prüfung hier beabsichtigt ist, keineswegs gekämpft, im Gegentheil sie wird unterstützt und für den geschichtlichen Standpunkt als die allein zulässige dargestellt; nur daß wir sie dann nicht auf das Strafrecht beschränken, sondern mit gleichem Rechte auch für das privatrechtliche Gebiet geltend machen. Dürfen wir hiernach das Zeugniß der Unparteilichkeit in Anspruch nehmen, so werden wir nunmehr auch unbefangen die Sache von der andern Seite betrachten können, welche sie darbietet.

Diese ist nämlich die dogmatisch-praktische und systematische. Ich habe bei mehreren Veranlassungen, die sich darboten, über die verschiedenen Methoden zu sprechen meine Ansicht dargelegt, und in Anwendung gebracht, daß die verschiedenen Methoden, die philosophisch-systematische, die historisch-exegetische und die dogmatisch-praktische, nicht unvereinbare Gegensätze enthalten, sondern als nothwendige Seiten einer umfassenden wissenschaftlichen Behandlung neben einander mit gleicher Berechtigung stehen. Ich glaube demnach um so weniger mich gegen den Vorwurf eines Verkennens der Wichtigkeit der geschichtlichen Methode vertheidigen zu dürfen, wenn ich nun auch die Bedeutung des Systems und der dogmatisch-praktischen Behandlung des Prozesses hervorhebe, als ich so eben dem geschichtlichen Standpunkte, und von demselben aus der Verbindung des Strafrechts und Prozesses, das gebührende Recht habe zu Theil werden lassen.

Die Wissenschaft hat nicht blos in neuester Zeit die Trennung des Criminalprozesses von dem Strafrechte durchgeführt, und wie oben gezeigt ist, zum Theil nach dem Vor-

Digitized by Google

Vorgange der Gesetzgebungen. Diese Sonderung soll mit der Natur jenes Rechtstheiles im Widerspruche stehen. Die Gesetzgebungen sind zu ihrer Weise der Behandlung des gegebenen Rechtsstoffes durch ein praktisches Bedürfniß veranlaßt worden. Es mag vorläufig zugegeben werden, daß dieses an sich nicht für die wissenschaftliche Ausführung bestimmend sey, daß selbst, wenn letztere sich einen praktischen Zweck setzen, wozu jede Theorie des Rechts, und gewiß nicht im mindern Grade eben die des Prozesses berechtigt ist, erst noch die Frage zu erörtern sey, ob die praktische Rücksicht nicht auch mittelst der Verbindung und sogar sicherer, als durch die Trennung der erwähnten Rechtstheile erreicht zu werden vermöge?

Wir wollen versuchen zuerst Rechenschaft über die Bedeutung einer solchen Trennung zu geben. Sie würde, wenn darunter ein völliges Losreißen des organisch Verbundenen gemeint wäre, unzweifelhaft gemißbilligt werden müssen. Allein dieses irgend einmal behauptet zu haben, wird den Vertheidigern der s. g. neuen Methode nicht zum Vorwurf gemacht. Selbst die Frage, ob der Criminal-Prozeß ein wesentlicher oder zufälliger Theil des Strafrechts sey [13]), wird jetzt kaum mehr in dem Sinne, wie früher, aufgeworfen. Jedermann wird die nothwendige Verbindung anerkennen; wenn aber noch immer auf sie oder das Gegentheil ein Werth gelegt wird, so bezieht sich dieses auf die Weise der Darstellung in akademischen Vorträgen und die zu diesem Zweck ausgearbeiteten Werke. So sagt z. B. Feuerbach [14]): „Die Lehre von der Art, wie der Staat gesetzmäßig sein Recht aus Strafgesetzen geltend macht (Criminal-

13) Bondau im neuen Archiv Bd. XI. S. 190.

14) Zwölfte Ausgabe, besorgt von Mittermaier §. 4. und daselbst Note b.

Digitized by Google

Prozeß) ist eigentlich Theil des Prozeßrechts überhaupt, und wird mit dem Criminalrechte nur aus Bedürfnissen des akademischen Unterrichts verbunden." und derselbe fügt in einer Anmerkung hinzu: „Daß der Criminalprozeß eben so wenig mit dem Criminalrechte, als der Civilprozeß mit dem Civilrechte verbunden werden soll, ist jetzt allgemein eingesehen."

Es ließe sich gegen diese Ansicht, wenigstens wie sie hier ausgedrückt ist, Manches erinnern. Schon die Behauptung, die Verbindung beruhe auf der Einsicht eines Bedürfnisses für den akademischen Unterricht, steht mit der unmittelbar darauf folgenden — es werde jetzt allgemein eingesehen, daß der Criminalprozeß nicht mit dem Criminalrecht verbunden werden solle — im Widerspruche. Wenn die Verbindung nicht durch das Verhältniß bedingt und geboten ist, und wenn zugleich die Unzulässigkeit derselben eingesehen wird; so darf man wohl fragen, worin sich das erwähnte Bedürfniß zu erkennen gebe?

Es ist hier die Sache selbst mit der Methode verwechselt, und letztere wieder nur als individuelle — wenn auch Vielen gemeinschaftliche — Ansicht über die Weise des Vortrages zum Zweck des Unterrichts, nicht als für sich geltende, genommen. Was Feuerbach meint, ist etwas ganz Aeußerliches. Man könnte, da er seinem Systeme des Criminalrechts als dritten Haupttheil unmittelbar eine kurze Darstellung des Criminalprozesses anschließt, im Zweifel seyn, ob er dadurch die oben von ihm gemißbilligte Verbindung wegen jenes angeblichen Bedürfnisses dennoch gelten lasse, oder ob er die äußere Trennung vornehme. Jedenfalls ist der Umstand, ob der Criminalprozeß in einem und demselben Werk mit dem Criminalrecht stehe, oder ob er in eignen Werken behandelt werde, hier eben so gleichgültig, wie etwa der,

Digitized by Google

ob beide Theile der Strafrechtswiſſenſchaft in einem und demſelben akademiſchen Vortrag, oder, wie es jetzt gewöhnlich iſt, in zwei abgeſonderten, erörtert werden. Denn auf die Behandlung der Sache hat dieſes, allenfalls die quantitative Seite abgerechnet, keinen Einfluß. Jene Trennung ſchließt die Anerkennung des nothwendigen Zuſammenhanges nicht aus; umgekehrt, wo dieſe fehlt, wird durch die blos äußere ſucceſſive Verbindung der weſentlichen Forderung nicht entſprochen. Jenem Satze, daß der Criminalprozeß nicht zum Criminalrechte gehöre, — den wir nicht zugeben, — könnte man ohne Widerſpruch an die Seite ſtellen, daß er nicht zum Prozeß überhaupt gehöre. Aber wer würde leugnen, daß im Gegentheil beides der Fall ſey. Daraus folgt jedoch weder die Nothwendigkeit der Verbindung in der wiſſenſchaftlichen Darſtellung mit dem einen noch mit dem andern: doch würde erſteres, wenn hier eine Wahl Statt finden müßte, allerdings mehr für ſich haben.

Wir kommen alſo darauf zurück: jene Frage nach dem Verhältniß des Strafprozeſſes zum Strafrechte muß eine tiefere, auf die Behandlung ſelbſt und nicht auf die äußere Darſtellung Einfluß habende Bedeutung haben. Dieſe haben wir ſtets anerkannt und ſie wird auch durch eine äußerlich getrennte Abhandlung nicht entfernt. Eine ſolche Trennung wäre es vielmehr, die das praktiſche Bedürfniß und ſomit auch dasjenige des auf dieſes berechneten Unterrichts fordern würde.

Aber es behauptet ſich hier eine andere für das Recht unſerer Zeit weſentliche Seite. Das Verfahren hat ſich nach dem rechtlichen und dem damit in naher Beziehung ſtehenden politiſch nationalen Geſichtspunkt eigenthümlich ausgebildet, und muß auch von dieſem aus gewürdigt werden. Es iſt ferner ein in ſich zuſammenhängendes Ganze auf einer eigenthümlichen, dem materiellen Rechte nur theilweiſe

Digitized by Google

angehörigen Grundlage der Gerichtsorganisation und der übrigen organischen Umgebungen des Prozesses, und ist in dieser Selbstständigkeit auch darzustellen. Weiter werden eine Reihe gerichtlicher Handlungen aufgestellt, die als solche nicht unmittelbar von dem Unterschiede des accusatorischen oder inquisitorischen Prozesses berührt werden und deren Betrachtung zwar das materielle Strafrecht voraussetzt, aber nicht anders, als dieses auch bei dem bürgerlichen Prozesse im Verhältnisse zu dem bürgerlichen Rechte der Fall ist. Die Handlungen zur Herstellung der Bedingungen, unter welchen die Einleitung eines eigentlichen Strafverfahrens gerechtfertigt ist, die Handlungen zur Erörterung aller im besondern Fall in Betracht kommenden Umstände, diejenigen, welche sich auf Eröffnung und Benutzung aller möglichen Kenntnißquellen beziehen, die rechtliche Vertheidigung, die Lehre der Urtheilsfällung, der Rechtsmittel, der Vollstreckung — alle diese sind untereinander in einem nothwendigen Zusammenhange, der gleichfalls ein Recht auf Anerkennung hat und nicht zerrissen werden darf. Das ganze Verfahren, vornehmlich das Untersuchungsverfahren, beruht auf einem bestimmten, dasselbe von dem bürgerlichen Prozeß unterscheidenden höchst folgenreichen Princip. Hierauf und überhaupt auf dem eignen Begriffe dieses Rechtstheils beruht auch die selbstständige Berechtigung der Wissenschaft desselben, und es ist wohl erklärlich, daß sich diese allmählig auch in besonderen Bearbeitungen Geltung verschafft hat. Ohne Zweifel nimmt jeder Rechtstheil auch Grundsätze und Folgerungen aus dem andern auf; der Prozeß insbesondere wird nur auf Grundlagen des materiellen Rechts bestehen, aber die Anerkennung dieses Verhältnisses, so wie sie nothwendig ist, erscheint auch als genügend, und es bedarf nicht einer unmittelbaren Verbindung, die das Ganze ungegliedert und folglich unorganisch nähme. Das Strafrecht in seinen besondern

Digitized by Google

Bestimmungen mag immer mit Hinblick auf den Prozeß vorgetragen werden; man mag z. B. bei den besondern Verbrechen und der Erörterung des Thatbestandes allenfalls die zu ihnen gehörigen Indicien, so weit es möglich ist, angeben; man mag bemerken, ob ein Verbrechen von Amts wegen zu ahnden sey, oder nur auf Antrag der Personen, denen es zusteht dieses zu fordern ꝛc., es mögen überhaupt die s. g. prozessualen Singularitäten bestimmter Verbrechensarten gleich bei diesen erwähnt werden: dennoch muß allen diesen auch im Prozesse selbst die ihnen gebührende Stellung gewährt werden, welche sie im System desselben einnehmen, da sie mit besondern rechtlichen Folgen, z. B. den Indicien rücksichtlich des Verhältnisses zum Beweisen, und somit zu dem Inhalte des Urtheils und für die Vertheidigung in Betracht kommen.

Es versteht sich nach dem Bisherigen, daß wir den Prozeß nicht blos als eine Form betrachten dürfen, in welche ein ihm völlig fremder Inhalt, so gut es eben ginge, eingepaßt würde. Er ist selbst Recht, und die Darstellung desselben; aber auch dieses tritt noch im höhern Grade bei dem bürgerlichen Verfahren ein, als bei dem strafrechtlichen. Bei jenem, wo das s. g. förmliche Recht leichter und in gewissem Maaße nothwendig an die Stelle des materiellen tritt, auch wenn eine Uebereinstimmung nicht vorhanden seyn sollte, muß schon zufolge des ihm zu Grunde liegenden Princips der Prozeß selbst in seiner besondern Gestaltung die Quelle von Rechtsfolgen werden; bei dem Strafverfahren, wo jeder Einfluß der Willkühr und der aus dem Verfügungsrechten abzuleitenden Verschränkung nothwendig hinwegfällt, geht das Streben auf Herstellung der Wahrheit und auf materielles Recht, und es wird dadurch nach einer andern Seite hin eine nähere Verbindung mit dem Inhalt des Strafrechts selbst Statt finden. Ist aber in beiden Fällen das Verfahren

Digitized by Google

nicht blos Form, sondern theils durch den Inhalt bedingt, theils für diesen selbst die Weise derselben so, wie er für die rechtliche Beurtheilung in Betracht kommen soll, herauszustellen, so wird jener Zusammenhang nothwendig Anerkennung fordern: aber er gebietet nicht eine ganz ungetrennte Behandlung dessen, was durch den Begriff geschieden sich zum selbstständigen Zweige der Wissenschaft gebildet hat. Freilich müssen diese immer auch als Zweige, oder als Theile eines Ganzen, dem sie angehören und das sie voraussetzen, gefaßt werden.

Wie sollte aber auch eine solche unmittelbare Verbindung auf eine fruchtbare Weise in der wissenschaftlichen Behandlung, die auch dem praktischen Moment sein Recht gewährte, bewerkstelligt werden? Daß eine blos äußere und successive Zusammenstellung nicht genüge, dürfen wir sicher annehmen, denn der Sinn der Verbindung, oder der Mißbilligung der besprochenen Trennung, muß, wie gezeigt ist, tiefer gefaßt werden. Es müßte die Vereinigung im Sinne einer Durchdringung der Principien und der weitern Folgen Statt finden, und zwar nicht blos in einer Weise, wie sie selbst bei der Trennung der beiden Zweige möglich ja nothwendig ist (wovon weiter unten gesprochen werden soll), sondern auch in der Form der Darstellung überhaupt. Gewiß wäre dieses bei dem bürgerlichen Rechte leichter möglich und durch dessen Beschaffenheit bedingt. In diesem wie im Strafrecht wird es ferner im höhern Grade bei einer geschichtlichen Entwickelung seyn, als bei einer für die Anwendung berechneten praktischen Darstellung. Es müßte also das materielle Recht den Prozeß in sich aufnehmen, oder umgekehrt, dieser den Ausgangspunkt und das Gefäß darbieten, von wo aus und in welches der Rechtsstoff seine Aufnahme fände. Der letztere Weg wäre jedenfalls derjenige, welcher auf Grundlage der Quellen und der Geschichte sich vertheidigen ließe;

Digitized by Google

auch scheint er in seiner Forderung gemeint zu seyn, da deren Grund der ist, daß die materiellen Bestimmungen nicht ein selbstständiges vom Prozeß unabhängiges Daseyn haben. Bestimmt ausgedrückt ist es nicht, und das Hinweisen auf eine frühere, jetzt angeblich mit Unrecht verlassene Methode könnte auf eine ganz andere Ansicht führen, als wir, um dem Einwand mehr Gewicht, und das einzige was er wissenschaftlich haben dürfte, zu verleihen geglaubt haben, bisher nur aussetzen zu müssen.

Betrachtet man aber die Sache von dem geschichtlichen Standpunkte aus näher, so wird man sich überzeugen, daß für die Perioden, wo der Prozeß als die Hauptquelle und das Medium erscheint, innerhalb dessen die strafrechtlichen Sätze vorkommen, letztere noch ziemlich dürftig sind und sich meist nur eben auf die Strafsanction beschränken. So wie sich hier das Gebiet durch Fortschritte der Gesetzgebung und durch die Wissenschaft erweiterte, konnte eine solche Weise nicht mehr genügen. Welches Bild des reichen Gebietes des Strafrechts würde eine solche, es dem Prozeß unterstellende Behandlung gewähren, und wodurch — wie würde der Prozeß selbst hier erscheinen? Wenn man von solcher Verbindung sprechen und sich über deren Gefahr, Vortheile oder Nachtheile bestimmte Rechenschaft geben will, dann sind es noch andere und weit mehrere Fragen, die sich aufwerfen lassen, als die oben angeführte, die uns zu diesem Versuche Veranlassung gegeben hat.

Hiezu kommt noch eine andere Erwägung. Die Zusammenhänge und Verbindungen, die bei diesen Zweigen unserer Wissenschaft in Betracht kommen, sind zweifacher Art. Einmal nämlich ist ein unverkennbares und, wie ich bisher gezeigt habe, auch nothwendig zu berücksichtigendes Zusammenhang zwischen dem Strafrechte und dem Prozesse, wie sich diese bei einem bestimmten Volke gebildet

Digitized by Google

haben, vorhanden. So im Römischen Rechte und in dem Germanischen; und nicht minder ist dieselbe auch im Canonischen Rechte sichtbar, wenn gleich dieses nicht die Eigenschaft eines Nationalrechts hat. Hier ist es dieses Recht im Ganzen, bei welchem die Rechtstheile und Beziehungen als Unterschiede in Berücksichtigung kommen. Dann aber sind es wieder die aus dem Begriffe des Rechts und der Anwendung hervorgehenden Unterscheidungen der Zweige und Theile, welche für sich als Ganze, und bei welchen jene Nationalrechte, als Quelle und von dem Gesichtspuncte des Mittels aus, in Betracht kommen. Dort also zerfällt z. B. das Römische Germanische Strafrecht in dieses im engern Sinn und in das Verfahren, deren gegenseitige Beziehung anerkannt werden muß. Hier zerfällt das Recht unter andern in Strafrecht und Prozeß, und diese beruhen auf römischen, canonischen und einheimischen Rechtsquellen, neben der Praxis. Auch hiefür bedarf es einer historischen Behandlung, welche sich in neuerer Zeit mehr geltend gemacht und selbst für die praktische Seite bewährt hat. Das Bestreben geht dahin, zu zeigen, wie sich allmählig diese verschiedenen Rechte, vermittelt durch die Praxis, durch das, was die Dogmengeschichte lehrt, und durch spätere gemeine und Landesgesetzgebung zu dem gestaltet haben, was jetzt als geltendes Recht besteht.

Diese beiden Arten des Zusammenhanges, die ich den synchronistischen und den chronologischen nennen will, derjenige der verschiedenen Rechtstheile auf den nämlichen nationalen und Quellen-Grundlagen, und derjenige der verschiedenen Quellen, die rücksichtlich des nämlichen Rechtstheiles vorkommen, verlangen jeder eine eigenthümliche Würdigung, keine läßt sich ungestraft bei Seite setzen.

Digitized by Google

Wenn aber hierüber kaum ein Streit obwaltet, da die vorausgesetzten Thatsachen von allen Kennern zugegeben werden, so bleibt nur noch die Frage übrig, die sich auch bei andern Gebieten des Rechts aufdringt: in wiefern diese dadurch gebotenen Forderungen in wissenschaftlicher Behandlung erfüllt werden sollen und können? Sie wird dadurch schwierig, daß wir in den hergebrachten Eintheilungen der akademischen Vorträge dem Strafrecht und dem Prozeß meist nur einen oder zwei eigene Vorträge widmen, während z. B. für römisches Recht durch s. g. Institutionen, Rechtsgeschichte und Alterthümer, Pandekten und besondere exegetische Vorlesungen gesorgt ist, daß der historischen, der systematischen, praktischen Methode und der Quellenkunde die gebührende Berücksichtigung zu Theil werden. Wird aber nun z. B. dem Criminalprozeß allein, oder in äußerer Verbindung mit dem Criminalrechte nur ein Hauptvortrag bestimmt, so ist es unvermeidlich, daß das System des jetzigen praktischen Rechts den Hauptinhalt, und somit auch den Hauptgesichtspunkt der Behandlung darbieten. Die verschiedenen Quellen und die geschichtliche Bildung des besondern Lehren auf Grundlagen derselben mit den weitern Vermittelungen nehmen dann eine durch jenen Zweck bedingt untergeordnete Stelle ein, und dies darf der Fall seyn, ohne daß dadurch deren selbstständige Bedeutung verkannt würde. Gegen das Beiseitesetzen der geschichtlichen Methode und sonstigen Einseitigkeit habe ich mich genügend durch Wort und That erklärt. Aber es ist nicht nothwendig, daß Alles, was billig vorausgesetzt wird, wenn man sich dem Studium eines besondern Rechtstheils zuwendet, mehrmals bei diesem wiederholt werde; es ist dieses sogar unmöglich und würde in vieler Hinsicht für die Uebersicht des Ganzen und die Einsicht in den Zusammenhang seiner Theile störend seyn. Was also die erste Art des Zusa-

Digitized by Google

menhangs der Zweige deſſelben nationalen Rechts betrifft, deren vorhin gedacht worden iſt, ſo muß dieß in den Vorträgen über Geſchichte des römiſchen, canoniſchen und germaniſchen Rechts ihre gehörige Berückſichtigung finden [15], und die Ergebniſſe werden ſich dann für die Behandlung, welche das Recht nicht nach dem Urſprung und den Quellen, ſondern nach dem Inhalt claſſificirt, fruchtbar äußern. Die andere Art anlangend, z. B. Geſchichte des Strafrechts und des Strafprozeſſes, ſo könnte auch dieſe für den dogmatiſch-praktiſchen Vortrag vorausgeſetzt werden. Aber es iſt erklärlich, weshalb dies oft nur frommer Wunſch und eine Forderung bleibt, und wie dann hier für die, welche ſich nicht entſchließen können, dieſe Grundlage abzuweiſen oder wider ihre Ueberzeugung vorauszuſetzen, wo ſie fehlt, die Nothwendigkeit hervorgeht, ſie mit dem dogmatiſchen Vortrage in größerm oder geringerm Umfang zu verbinden. Darüber mag dann die individuelle Anſicht, das Bedürfniß und alles das entſcheiden, was auf objectiven Gründen ſich behaupten darf [16]. Wir rühe übrigens auch der Zuſammenhang der Methode und des Syſtemes ſey, eine unmittelbare Identität läßt ſich für die poſitive Rechtswiſſenſchaft nicht behaupten, und ſo kann denn auch, was etwa für den Zweck des akademiſchen Unterrichts und der Mittheilung ſich empfiehlt, nicht die ausſchließliche Regel für die Behandlung der Wiſſenſchaft und ihrer Theile ſeyn.

Wir faſſen das Ergebniß nunmehr nochmals zuſammen: Criminal-Recht und Criminal-Prozeß dürfen jetzt nicht als ganz getrennte Wiſſenſchaften, aber als nothwendig in

15) Meine Abhandlungen über die wiſſenſchaftliche Behandlung des Criminal-Rechts und des Criminal-Prozeſſes, vor meinen Lehrbüchern (erſte Auflage).

16) Mein Lehrbuch des Criminal-Prozeſſes, Vorreden zur erſten und zweiten Ausgabe.

Digitized by Google

unterscheidende Theile einer Wissenschaft gesondert dargestellt werden. Es ist dieses sogar nothwendig, und die entgegengesetzte Methode würde keinen dieser Rechtstheile in seiner Bedeutung erkennen lassen. Aber diese gesonderte Darstellung darf nicht ein Losreißen von der gemeinsamen Wurzel und dem wesentlichen Zusammenhang seyn, der das Ganze in seinen Gliederungen verbindet. Sie muß vielmehr jenen Zusammenhang stets erkennen und auf die Behandlung des Einzelnen wirken lassen [17]). Welches Moment, welche Seite man auch hervorheben möge, stets muß die Berechtigung der übrigen dabei anerkannt werden, sowohl der Theile der Wissenschaft, als auch der Quelle und der philosophischen Bildung. Das Bewußtseyn, das wissenschaftliche, muß über allen besonderen Seiten und Methoden stehen und als Einheit das zusammenschließen, was, um begriffen werden zu können, zugleich in den nothwendigen Unterschieden zu erfassen ist.

17) Mein angefangenes Lehrbuch §. 1—7. Mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, Vorrede §. 3—6.

Digitized by Google

XXV.

Ueber die Statthaftigkeit der gerichtlichen Verhaftung wegen Besorgniß vor Collusionen.

Von
dem Großherzoglich Hessischen Criminalrichter
Friedrich Noellner
zu Gießen.

(Beschluß des Aufsatzes Nr. XXII. im vorigen Stücke.)

Man kann die Lehre von dem Verhafte zur Abwendung von Collusionen nicht ergründen, wenn man nicht vorzüglich zwei Punkte zum Fundamente nimmt, und zwar: 1) den Grundcharakter des deutschen Criminalverfahrens; 2) die Stellung des deutschen Inquirenten. Einige Andeutungen hierüber sind unumgänglich nothwendig. Zu 1. Jener eigenthümliche Charakter besteht in dem Streben der Ergründung der höchsten Wahrheit, in Verfolgung aller Beweise der Schuld und Unschuld. Zu diesem Behufe wird regelmäßig im Stillen geforscht, alle Oeffentlichkeit über die Fortentwickelung des Untersuchungsplanes könnte das Verfahren vereiteln. Dieses Geheimniß bezieht sich vorzüglich auf den Angeklagten. Man schneidet ihm die Möglichkeit ab, die Wahrheit durch Anpassen seiner Aussagen zu den vorhandenen Beweismitteln zu trüben, ja man findet in dem Widerspruche

Digitized by Google

dieser Mittel mit jenen Aussagen den besten Weg zur Wahrheit; der Angeklagte muß möglichst isolirt werden, um diesen Widerspruchsgeist recht walten zu lassen. Einer solchen Inquisitionsmaxime liegt folglich diejenige Verhaftung nahe, welche alle Collusionen abschneiden will [32]). Zu 2. Wie schwer ist es meist für ein Richtercollegium, zu beurtheilen, welches Resultat durch ein Zusammentreffen von mancherlei Umständen erzielt worden sey; aber welches Feld der Combination öffnet sich dem Inquirenten, welcher erst versucht, einen Beweis zu construiren. Man fordert von ihm Energie, Schnelligkeit, Umsicht im Verfahren, man beschuldigt ihn der Kurzsichtigkeit, wenn er nicht das ganze Gebiet der Möglichkeiten in einem Fluge durcheilt, wenn er nicht im Stande ist, wenigstens zum Theil den Schleier der Zukunft zu lüften, um mit prophetischem Geiste zu verkünden, von welcher Gestaltung das Kind seyn werde, welches jetzt noch als Embryo im Verborgenen ruht. Nimmt es denn bei solcher Stellung Wunder, wenn der Inquirent eher zu viel als zu wenig thut? Es ist leicht zu sagen, es müsse dessen Verhaftungsrecht genau bestimmt werden und man müsse den allzu rasch Handelnden strafen; aber man präcisire einmal jenes Recht, man weise einmal dem Beamten dolus und culpa lata nach und begründe so die Vordersätze zu diesen Rathschlägen. Man wähle eine Form des Strafverfahrens, welche man wolle, dessen Zweck wird stets erfordern, daß ein Mann die Untersuchung leite, welcher sich mit freier Thätigkeit bewegen könne. Legt man ihm Fesseln an, wie so häufig geschieht, sieht er sich von Mißtrauen verfolgt, so wird er in dem Gefühle des Unwillens über die Beschränkung seiner Selbstständigkeit entweder gleichgültig

32) Collusion ist abzuleiten von colludere, mit Jemanden spielen, ein geheimes Verständniß unterhalten; hier also mit dem Richter durch geheime Verabredungen sein Spiel treiben.

Digitized by Google

oder ängstlich [58]), und besitzt er alle die besonderen Eigenschaften, welche man außer den schon erwähnten an seine Person stellt, Vorliebe für sein Geschäft, Menschenkenntniß, Geistesgegenwart, Selbstbeherrschung u. s. w., hat er sich durch lange Uebung Gewandtheit, Takt erworben, dennoch kann er keinen Gebrauch davon machen. Ein großes Feld der Thätigkeit muß dem Inquirenten bleiben. Die Wichtigkeit dessen Amtes in Vergleich mit dem Wohl des Staates und der persönlichen Freiheit zugleich, gerade bei der Nothwendigkeit der Selbstständigkeit und des Ermessens, bei dem Innehalten dieser bedeutungsvollen rechten Mitte, giebt sich in hohem Grade zu erkennen. Da also in Staaten, welche sich zeitgemäßer Strafgesetzbücher erfreuen, so Vieles, und in solchen, welche noch die Unbestimmtheit des s. g. gemeinen Strafrechts beklagen, fast Alles von der Person des Untersuchungsrichters abhängt, so liegt es sehr nahe, daß die genaueste Prüfung der diesem nothwendigen Eigenschaften dessen Anstellung vorausgehen sollte. Zu diesen rechnen wir vor Allem und noch vor den bereits angedeuteten Erfordernissen des Geistes und der Erfahrung, daß der Inquirent ein menschliches Herz habe, daß er menschlich fühle, daß er im Stande sey, selbst dem eines Verbrechens Verdächtigen diejenige Theilnahme in seinem, wenn auch selbstverschuldeten, Unglück zu schenken, welche Ausfluß wahrer Humanität ist und mit welcher er sich die schönsten Erfolge sichert. Man controlire einen mit diesen Eigenschaften nicht versehenen Inquirenten noch so sehr, vergeblich wird man ihn von leidenschaftlicher Haft abhalten, vergeblich wird man sich umsehen, wie sein Benehmen zu ahnden sey.

---

58) Mittermaier im Neuen Archive Bd. XII. S. 174. XI. 456. — Weber das. Bd. I. S. 594—598. — Puchta das. Bd. IV. S. 449 ff.

Digitized by Google

Man sehe, die Inquisitionsmaxime und des Inquirenten nothwendige Stellung vereinigen sich, um den Verdächtigen bei dem ersten Angriff der Verhaftung Preis zu geben. Die Erfahrung, welche Eingriffe in die wichtigsten Güter der Staatsbürger unter dem Titel wegen besorgter Collusionen erfolgt sind, hat sicher die vielen Bedenklichkeiten gegen diese Verhaftungsart hervorgerufen, wodurch die Erreichung des Zweckes des Criminalprozesses bedroht wurde und der gerechte Inquirent zur Maschine herabgewürdigt werden sollte. Was ist auch natürlicher, daß gerade deshalb, weil Inquirenten so häufig das äußerste Extrem erstrebten, von andrer Seite das entgegengesetzte Extrem behauptet wurde!

Die Anordnungen, welche Gesetze in allseitigem Interesse treffen können, und welche aus dem Wesen des Criminalprozesses folgen, bestehen A. in allgemeinen Umrissen, welche vorzeichnen, ob und unter welchen Voraussetzungen Arrest wegen Besorgniß von Collusionen Statt finden sollen, und zwar: 1) in Hinsicht auf den Gegenstand: a) bei welchen Verbrechen oder Vergehen, b) bei welchem Grade des Verdachts; 2) in subjectiver Beziehung: a) bei Mitschuldigen unter sich, b) bei Angeklagten gegenüber den Zeugen. B. Die Gesetze haben aber auch Vorsorge zu treffen, daß die Verhaftung kein härteres Uebel werde, als unumgänglich nöthig ist, 1) sowohl in ihrer Ausführung, als auch 2) bei ihrer Fortdauer, was von besonderm Einfluß ist a) rücksichtlich der Einrichtung der Gefängnisse, b) der Behandlung der Verhafteten, und c) die möglichst beschleunigte Beseitigung der Ursache des Arrestes. Bloße Präventionsmaaßregeln reichen nicht aus, weil jeder Untersuchungsrichter selbst bei den genauesten Vorschriften in deren Anwendung irren kann; es muß daher C. eine Anordnung getroffen werden, durch welche von Amts wegen bei dem vorgesetzten Gerichts-

Digitized by Google

collegium eine schleunige Prüfung der Statthaftigkeit der Haft, also entweder deren Bestätigung oder Aufhebung eintreten kann. Dafür spricht: 1) daß der Staat selbst dabei interessirt ist, unnöthige Verhaftungen aufgehoben zu sehen, a) wegen des bei voreilig begonnenen Prozessen unnütz erwachsenden kostenaufwandes; b) weil die Erfahrung lehret, wie leicht durch übereilte Verhaftungen, was namentlich bei politischen Untersuchungen, eine große Aufregung, selbst bei dem ganz unbefangenen und unbetheiligten Publicum, welches in dem Urtheile des Einzelrichters keine genügende Garantie findet, erzeugt werden kann. Es spricht weiter für eine solche Vorschrift 2) daß das Gericht auch für die Vertheidigung des Angeklagten von Amts wegen zu sorgen hat und es bei so wichtigen Rechten von dem einzelnen, vielleicht rechtsunkundigen, oder zu seiner Vertheidigung bei der Unkenntniß des Aeteninhaltes nicht gehörig befähigten Betheiligten, nicht abgewartet werden dürfe, ob dieser den Weg der Beschwerde zu dem höhern Richter betreten wolle [33]).

Es wurde oben absichtlich gesagt, die Gesetze sollten nur in allgemeinen Umrissen die Bedingungen des Arrestes vorzeichnen, weil eine zu bestimmte Vorschrift bei der Mannigfaltigkeit der Fälle die richterliche Thätigkeit lähmen möchte. Die üble Sitte des s. g. Generalisirens und das Streben, den Richter absolut zu binden, würde hier besonders nachtheilig wirken. In diesem Gebiete, in welchem die Erfahrung vorzüglich zu beachten ist, kann weniger durch starre Vorschriften, was der Inquirent zu thun,

33) Man hat bei Bearbeitung der Frage wegen Collusionsarrest auch von einer Haft gesprochen, welche verhindern soll, daß der Angeklagte die Erforschung des Thatbestandes vereitle, allein schon die Wortbedeutung „Collusion" schließt jede Erörterung darüber hier aus. In der Praxis kommt eine solche Haft höchstens als Ungehorsamsstrafe vor.

Digitized by Google

thun, als vielmehr was von ihm zum Schutze gegen schädliche Willkühr zu unterlassen sey, gewirkt werden.

Sieht man hiernach in Folge der gewählten Reihenfolge

I. auf die Verbrechen und Vergehen, welche bei Vollziehung des Collusionsarrestes vorausgesetzt werden, so muß vorerst, was die verschiedenen Rechtsansichten, insbesondere diejenige von Mittermaier, betrifft, auf die oben gemachten Bemerkungen und die mehr erwähnte Abhandlung (S. 284. Nr. II.) verwiesen werden. Man wird zugeben müssen, daß eine Bestimmung, nach welcher eine nach der Zeit präcisirte Gefängnißstrafe zu jener Haft vorhanden seyn müsse, bei den rigorosen Strafen des gemeinen Rechts ganz unanwendbar wäre. Doctrin und Praxis haben freilich eine viel humanere Strafscala eingeführt, allein bei der chaotischen Verwirrung der Ansichten, dort wie hier, kann der Praktiker und wenn noch so viele responsa prudentum vorliegen, doch nicht klug werden. Eine geläuterte Strafgesetzgebung, welche für jedes Verbrechen je nach den Umständen den Strafgrad, so wie weiter zu erkennen giebt, in welchem Verhältniß die verschiedenen Strafarten zu einander stehen, ist hier nothwendige Vorbedingung. Man ist einverstanden, daß in einer solchen dem richterlichen Ermessen durch ein gewisses Minimum und Maximum ein angemessener Spielraum verbleiben müsse. Der Untersuchungsbeamte kennt regelmäßig bei Beginn des Verfahrens die einzelnen Umstände, welche die Schuld schärfen oder mildern, noch nicht, das ganze Bild stellt sich erst am Schlusse seiner Bemühungen vollendet dar. Soll er zu Gunsten des Angeklagten das Minimum, im Interesse des Staatswohls das Maximum, oder endlich zur Vereinigung dieser Gegensätze das Medium der Strafe zu Grunde legen? Es möchte keine dieser Ansichten die richtige seyn. Im In-

Digitized by Google

teresse der zu erforschenden materiellen Wahrheit und in Berücksichtigung, wie mancherlei Verbrechen oft ein angeschuldigtes Haupt verdächtigen, muß dem Inquirenten eben so gut als dem urtheilenden Richter ein Ermessen vorbehalten bleiben, nach welchem er, unter pflichtmäßiger Erwägung aller Verhältnisse, bestimmt, ob in dem vorliegenden Falle eine Strafe zu erwarten sey, welche das Gesetz zur Ausführung der Haft für erforderlich erachtet hat.

Ließe sich auch in jedem Falle genau die Schranke bezeichnen, über welche hinaus die Haft verboten ist, so würde immerhin, wie Mittermaier will, Gefängniß von 6 Monaten ein zu hoher Strafgrad seyn, die öffentliche Sicherheit wäre bei solchem Gebote höchst gefährdet, indem Allen, welche sich unter dieser Linie der Strafbarkeit hielten, ein sicheres Asyl bereitet würde. Betrügereien, welche so oft und mit so großer Schlauheit ausgeführt im gemeinen Leben vorkommen und einen der besten Grundpfeiler des Staats, Treu und Glauben, Erhaltung des Credits, bedrohen; Raufhändel, welche so häufig als Producte der wildesten Rohheit vorkommen, bei welchen nach der Art des Streites, den gebrauchten Waffen u. s. w. vielleicht Alles von einem Ohngefähr abhing, daß nicht ein Menschenleben geopfert wurde, und wie all' diese gemeingefährlichen Verbrechen heißen, sie würden meistens straflos bleiben. Ueberzeugt man sich nicht, daß sich dem Richter gegenüber in jener begränzten Sphäre ein System des Läugnens und der Lüge erheben würde, welches unerschütterlich da stünde und das Vertrauen auf sichere Ausübung der Gerechtigkeit ganz untergraben müßte? Wird hier wohl die Criminalpolitik rathen, lieber die Untersuchung in ihrem Resultate zu vernichten, als nur einem Einzigen das theure Gut der Freiheit zu rauben?

Digitized by Google

Wie viele Einwendungen ließen sich außerdem erheben, wenn man auf die mancherlei Unterscheidungen von Vollendung und Versuch, auf die möglichen Subjecte sieht, welche in so mancherlei Gestalt, mit so verschiedenartigen Verschulden, bei einem und demselben Verbrechen vorkommen, Urheber, Gehülfen, Begünstiger. Diesen erwartet vielleicht eine geringe Strafe, jenen eine sehr bedeutende. Wie ist da dem Hauptverbrechen beizukommen? obgleich jeder vorsichtige Inquirent weiß, daß von dem geringer Betheiligten am ersten Wahrheit zu erlangen, mit ihm daher das Verfahren gewöhnlich zu eröffnen ist [34]).

Erkennt man den Untersuchungsarrest als ein nothwendiges Mittel an zur ungehinderten Handhabung der Gesetze, ohne welche Sicherheit und Ordnung nicht bestehen können, so muß man in allen peinlichen Fällen, also überall, wo der Criminalprozeß statthaft ist, Verhaftungen zur Abwendung von Collusionen zulassen. Das Gebiet des Criminalrechtlichen haben Philosophie des Rechts und Gesetzgebungswissenschaft zu bestimmen. Die Wichtigkeit des Arrestes bezeichnet sich durch diese Begränzung zur Genüge; es folgt daraus von selbst, daß diese Maaßregel ausgeschlossen werden sollte: a) bei bloßen Polizeivergehen, d. h. hier solchen, durch welche gegen rein polizeiliche, mehr locale als allgemeine Rücksichten und Vorschriften verstoßen wird. In wie weit schwere Polizeiübertretungen im Sinne des österreichischen Gesetzbuches u. s. w. hierher zu rechnen sind, zeigt sich leicht. b) bei Vergehen, oder Contraventionen, welche gegen das fiscalische Interesse gerichtet sind, z. B. Forstfreveln, Defraudationen u. s. w., ferner bei solchen, wel-

34) Sogar die Gesetze bestimmen dies. L. 2. D. 48. 18. — L. 18. pr. eod.

Digitized by Google

chen nur Geldstrafen folgen, vorausgesetzt, daß in diesen Fällen nicht mehr als etwa 3 — 4monatliches Gefängniß angedroht ist, sey es nun wegen erschwerender Umstände, z. B. Wiederholung, oder als Aequivalent für Zahlungsunfähigkeit. Vorschriften aus diesem Gebiete machen immer genau bestimmte Strafen nöthig, die verschiedenen Grade des Versuches kommen fast nie vor, und es tritt ein sehr begünstigtes Beweisverfahren ein, welches Capturen selten rechtfertigen läßt.

II. Welcher Grad des Verdachtes ist zur Verhaftung erforderlich? Man antwortet mit der P. G. O.: „genugsamer Verdacht, redlicher Argwohn“ [35]), oder, es muß Wahrscheinlichkeit gegen den Verdächtigen sprechen. Jene gestattet darauf hin Untersuchung, ja sogar Tortur [36]). Früher ergingen zur Erkennung der Specialinquisition, der Haft u. s. w. eigentliche Zwischenurtheile, allein nun hängt von der durch die gesetzlichen Beweisregeln bestimmten Auffassungsgabe und dem redlichen Willen des Untersuchungsbeamten fast Alles ab [37]). Was ist denn nun diese Wahrscheinlichkeit? sie soll seyn derjenige Zustand, in welchem zwar erhebliche Gründe für die Richtigkeit eines Urtheils vorhanden sind, aber dennoch noch ein oder der andere Grund dazu fehlt, also die Gründe des Gegentheils nicht ausgeschlossen sind. Damit kommt man nicht an's Ziel, es ist eine Bewegung im Kreise und man muß nur geradezu gestehen, daß es unmöglich ist, eine sichere Gränze zu ziehen. Es ist nämlich nicht möglich, ein Beweismittel derselben Gattung, geschweigs denn die lange Reihe der Beweismittel mit mathematischer Gewiß-

35) P. G. O. Art. 6. 11. 218.

36) Das. Art. 28.

37) Mittermaier Beweis §. 6. 7. S. 59. 74. Stübel Thatbestand §. 172. 304. Henke Handbuch IV. S. 404—406. Müller a. a. O. §. 172 ff.

Digitized by Google

heit so zu bestimmen, daß es nur eines Rechnungsexempels bedarf, um einen ganzen, halben Beweis u. dgl. zu construiren; es ist ferner schon schwer, bei höherem Grade des Beweises dessen Gehalt zu bestimmen, noch weit schwieriger aber da, wo die Beweismittel noch nicht an's Tageslicht getreten sind. Von diesem Punkte aus wird die Gefahr für die persönliche Sicherheit vorzüglich bedroht, nur eine schwache Garantie kann das positive Recht gewähren, das sicherndste Gesetz muß in der Brüst des Inquirenten geschrieben seyn. Um den Angeschuldigten der Specialunterfuchung zu unterwerfen, verlangt man allgemein, daß der Thatbestand des Verbrechens höchst wahrscheinlich, dringender Verdacht (s. g. halber Beweis) begründet sey; zur Verhaftung, wenn schon erheblicher Verdacht vorliegt [38]). Dort wird mehr, hier weniger verlangt, allein das Maaß des Verdachts findet man nicht in diesen Worten. Es würde einer besondern gesetzlichen Beweistheorie für die Untersuchungsführung bedürfen, damit der Inquirent jederzeit den Maaßstab zu verschiedenen Schritten entnehmen könnte, welche die vielgestaltigen Stufen, von welchen man zur Gewißheit gelangt, genau bezeichnen, allein dies hieße die Möglichkeit umkreisen.

Der Punkt, an welchem die Verhaftung zuläßig wird, liegt in der Mitte des engen Raumes, der durch die rechtlichen Gründe, welche zum Beginne einer Untersuchung und diejenigen, welche zur Einleitung der Specialinquisition geboten sind, umschlossen wird.

Man hat zuweilen die Behauptung aufgestellt, ehe man eine Person verhaften dürfe, müsse der (s. g. objective) Thatbestand des Verbrechens vollständig darge-

38) Mittermaier a. a. O. S. 75. v. Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit.

Digitized by Google

than seyn, denn zuerst müsse man fragen: ist ein Verbrechen verübt und welches? ehe man zu der Frage gelangen könne, welche Person dasselbe erzeugt habe. Allein dieses scheinbar logische Raisonnement stützt sich auf die längst widerlegte Meinung, der Thatbestand könne nicht durch die Person des Thäters selbst hergestellt werden. Im Inquisitionsprozesse giebt es keine genau vorgezeichnete Reihenfolge der Beweismittel, die zuerst und zunächst sich darbietenden werden augenblicklich benutzt. Der Schluß von einem Verbrechen auf den Thäter findet auch umgekehrt von diesem auf jenes Statt [39]). Gleich wie die That durch den Thäter mit allen näheren Umständen entstand und endigte, wie alles dieses in steter Wechselwirkung sich fortbewegte, so muß auch der Wiederstrahl dieser Erscheinung durch allmählige Wahrnehmung jener Umstände an der That oder dem Urheber die Bahn zeigen, um beide endlich in vollem Glanze der Wahrheit erblicken zu können. Die objective Seite der Untersuchung verschwindet auch fast ganz bei Versuchshandlungen, bei welchen der Wille des Handelnden die erste Rolle spielt, so wie bei Staatsverbrechen, da hier Thatbestand und Schuld in einiger Verbindung stehen.

III. Man ist darüber einverstanden, daß Mitschuldige im Verhältnisse zu einander wegen Collusionsgefahr verhaftet werden dürften, allein dieser Satz ist mannichfach eingeengt worden. Mittermaier hat sich von Allen am genauesten ausgesprochen [40]); dieselbe Ansicht theilen Henke, Müller u. A.

Unbedenklich muß zugegeben werden, daß Fälle vorkommen können, in welchen Collusionen durch gelindere

39) Z. B. bei der Selbstanklage.

40) a. a. O. I. Nr. 1. 2. 3., worauf hier lediglich verwiesen werden muß.

Digitized by Google

Mittel als Verhaftung abgewendet werden können, namentlich durch rasche Vernehmungen, allein sie sind im Criminalprozesse selten, weil sie voraussetzen, daß die schnelle und abgesonderte Abhör der Betheiligten entweder eine völlige mit den übrigen Beweismitteln harmonirende Uebereinstimmung zur Folge hat, oder doch der dadurch gebotene Stoff ohnedies die Ueberführung zuversichtlich bewerkstelligen läßt.

Es wurde bereits der Beweis geliefert, aus welchen psychologischen Gründen jeder Verbrecher eine tiefgewurzelte Neigung habe, sich durch Collusionen u. dgl. der Untersuchung und Bestrafung zu entziehen. Die tägliche Erfahrung lehrt, wie Egoismus die Menschen anspornt, Vortheile zu erlangen; sollten wir übersehen, welches Aufgebot von Kraft dieser Trieb entwickeln werde, wenn es sich darum handelt, die empfindlichsten Nachtheile an den wichtigsten Gütern zu entfernen? Eine Gesetzgebung, welche nur auf irgend einen Grad von Cultur und Civilisation berechnet ist, wird das Läugnen des Angeklagten niemals mit Strafe bedrohen können; Collusionen, lediglich darauf berechnet, dieses Läugnen in ein für die Wahrheit tödtliches System zu bringen, werden straflos bleiben müssen. Nirgends zeigt sich hier ein zur Schreckung des allmächtigen Selbsterhaltungstriebes wirksamer Damm. Bedürfte es wohl bei so nahe liegenden Gründen in dem einzelnen Falle noch eines Beweises, daß sich dieser Trieb regen werde? Gewiß nicht; die Besorgniß, daß Verabredungen Statt finden, wird in allen Fällen, auch wenn noch keine Versuche nachgewiesen sind, obwalten, eines besonderen Beweises oder Verdachts hierzu kann es niemals bedürfen.

Es ist wahr, die Besorgniß vor Collusionen ist bei einem Complotte, oder da, wo schon Versuche dazu wahrscheinlich gemacht sind, eine besonders gesteigerte, allein

Digitized by Google

die höchste Gefahr ist mit einem Complotte nicht gerade in allen Fällen verbunden; es giebt solche, welche auf niederer Stufe der Strafbarkeit stehen. Die Gefahr, daß Collusionen Statt finden, steigt, je mehr durch die Größe der Strafe das Interesse geweckt wird, dieser zu entgehen, je mehr die Mitschuldigen schon unter einander durch die That verbunden, je schlauer diese ausgeführet wurde, je schwieriger die Entdeckung ist. Darin liegt der Maaßstab der Gefahr für den Inquirenten, er dehnt sich auf alle Klassen von Mitschuldigen, nicht blos auf das Complott aus. Der intellectuelle Urheber, der Thäter selbst, Gehülfe u. s. w. stehen sämmtlich vereint dem Gerichte gegenüber; mögen auch die Triebfedern zur That noch so verschiedenartige, mag immer das Band, welches sie zusammenhielt, noch so lose gewesen seyn, für den Zweck der Verheimlichung der Wahrheit müssen sie innigst verbunden seyn, sie werden, um diese Worte der P. G. O. zu gebrauchen, mit „vereinigtem und fürgesetztem Willen und Muth einander Hülf' und Beistand thun", ein wahres Complott des Läugnens und der Lüge dem Richter gegenüber bilden. In Ohnmacht würde der Richter versinken, wenn er solchen Unternehmungen nicht zuvorkommen dürfte. Wollte er erwarten, bis sich derartige Versuche als wahrscheinlich zeigen, so würde er gegen alle Vorsicht handeln, denn der Zweck fordert gebieterisch, daß alle diese Versuche so rasch als thunlich abgeschnitten werden, welchen man der Natur der Sache nach ohnehin fast niemals auf die Spur kommen kann. Sind aber Collusionsversuche schon zu den Ohren des Richters gekommen, so kann man sich darauf verlassen, daß der Zweck des Arrestes großentheils bereits vereitelt ist.

Berührt man die Frage, welcher von zwei Theilnehmern an demselben Verbrechen zu verhaften sey, so ist klar, daß der Zweck erreicht wird, wenn zur Verhinde-

Digitized by Google

rung jeder Vereinbarung nur Einer derselben zur Haft kommt, vorausgesetzt, daß einige unten anzuführende Gründe nicht entgegenstehen. Es kann nicht von des Richters Willkühr abhängen, welchen er mit dem Arreste verschonen wolle, sein Ermessen muß geleitet werden a) durch Erwägung der persönlichen Verhältnisse der Angeklagten, durch genaue Prüfung, für welchen durch die Haft der größte Nachtheil entsteht; b) durch die Rücksicht auf die Größe der Strafbarkeit in objectiver und subjectiver Beziehung; c) durch das Benehmen der Beschuldigten vor Gericht, je nachdem es mit den vorhandenen Beweismitteln in Uebereinstimmung steht, oder nicht, denn in jenem Falle wird der Verdacht, der Untersuchung mittelst Collusion entgegenwirken zu wollen, sehr geschwächt, wenn nicht, je nach den Verhältnissen, aufgehoben. Das sofort abgelegte Geständniß kann nicht unbedingt vom Collusionsarreste befreien, es wird vorerst Pflicht eines Richters seyn, so schnell als thunlich die factischen Grundlagen des Bekenntnisses durch die geeigneten Untersuchungshandlungen zu befestigen und damit jedem durch spätere Verabredungen etwa zu versuchenden Widerrufe im Voraus zu begegnen.

Als Fälle, in welchen Verabredungen der Wahrheit für besonders gefährlich erachtet werden, hat man angeführt Schlägereien, Raufhändel, Aufruhr u. dgl., sofern bei jenen schwere Verbrechen verübt wurden [41]); mehrere deutsche Gesetzbücher enthalten diese Bestimmung. Es ist wahr, daß die Entdeckung des wahren Herganges in diesen Fällen durch manche Umstände erschwert wird, allein auf der andern Seite erleichtert gerade die große Zahl der Theilnehmer an einer Handlung bei gehöriger

41) Vergl. den früher alleg. Entwurf einer Strafprozeßordnung für Hannover. Mittermaier in Müller's Archiv a. a. O. S. 272. — Derselbe Strafverf. §. 67.

Digitized by Google

Aussicht die Erforschung der Wahrheit, weil eine gleichmäßige Durchführung einer Verabredung bis ins Einzelne bei solcher Menge von Personen sehr erschwert ist. Es giebt Untersuchungen von Verbrechen, bei welchen die Theilnehmer in allgemeiner Uebereinstimmung handelten, aber Jeder einzeln für sich wirkte [42]) und wo am meisten vor Collusionen zu fürchten ist. Es scheint daher nicht angemessen, jene Fälle ausnahmsweise hervorzuheben, da die allgemeine, von uns aufgestellte Regel dieselben, so weit nöthig schon umfaßt und die Inquirenten leicht zu der Meinung verleitet werden, das Gesetz verlange, mehr als sonst zu thun, und es stehe ihnen ein privilegirtes Verhaftungsrecht zu.

IV. Ist es rechtlich zulässig, einen Angeschuldigten wegen Besorgniß der Collusion mit Personen, welche bei dem untersuchten Verbrechen nicht strafbar betheiligt sind, zu verhaften? Der Ausdruck Zeugen wurde vermieden, weil darunter zwar an der That unbetheiligte, jedoch immerhin solche Personen begriffen werden, welche mit jener zusammenhängende, zur rechtlichen Beurtheilung dienliche Wahrnehmungen gemacht haben, während es Individuen giebt, auf welche dieser Begriff nicht paßt und die dessen ungeachtet bei dem Ausgange des Criminalverfahrens auf's höchste betheiligt sind, z. B. die Familie des Beschuldigten.

Stübel beantwortet jene Frage bei verdächtigen Zeugen, d. h. offenbar solchen, welchen der Wille zur Angabe der Wahrheit nicht zuzutrauen, bei welchen vielmehr ein Interesse in Uebereinstimmung mit dem Angeklagten von der Wahrheit abzuweichen anzunehmen

42) Z. B. Untersuchungen, welche sich auf Verbreitung hochverrätherischer Schriften beziehen.

Digitized by Google

ist [43]); v. Jagemann ebenfalls, und zwar bei Zeugen überhaupt. Das preußische und österreichische Gesetzbuch sprechen sich nicht dagegen aus; die Praxis verfährt nach v. Jagemann's Ansicht; es giebt aber gewiß nicht wenige Richter, welche noch niemals über die rechtlichen Voraussetzungen von Verhaftungen, die sie täglich vornehmen, ernstlich nachgedacht haben, man glaubt viel gethan zu haben, wenn der Angeklagte, wie man sich da ausdrückt, „sitzt."

Dieser Verhaftungsgrund ist vielfach angefochten worden [44]), von Mittermaier (a. a. O.) aus dem doppelten Grunde, weil von dem Angeklagten eine Bestechung und Verleitung zum Meineide nicht anzunehmen sey, von dem Zeugen noch weniger, daß er sich verleiten lasse. Es ist nicht zu verwundern, daß jener Arrestgrund auf's äußerste bestritten wird, wenn man weiß, wie die Praxis häufig alsdann Verhaftungen vornimmt, wo noch gar keine Zeugen bekannt sind, also auf die Möglichkeit deren Daseyns hin. Die Haft darf nicht zur Erlangung des Geständnisses gebraucht werden — so sagen alle Praktiker, aber wie rechtfertigen sie jene, und haben sie dabei niemals dennoch jenen unstatthaften Grund in petto? Man lese selbst die Bemerkungen eines erfahrenen und humanen Untersuchungsbeamten [45]), und man wird finden, die Aussicht auf das Geständniß, die Nützlichkeit der Haft, der Gedanke des Verhafteten an den Untersuchungsarrest, erscheinen als Gründe. Nicht die Nützlichkeit, sondern nur die Noth-

43) Feinde des Angeklagten, der Beschädigte u. s. w. möchten sich nicht mit diesem zu Collusionen verstehen. Das Verhältniß der Zahl der verdächtigen zu klassischen Zeugen ist jedenfalls auch zu beachten.

44) S. Müller Lehrbuch a. a. O. S. 305. Not. 26.

45) v. Jagemann Handb. der gerichtl. Untersuchungskunde §. 52. — Archiv Jahrg. 1835. S. 509—512.

Digitized by Google

wendigkeit, nicht blos die Möglichkeit der Gefahr, sondern eine wirklich vorhandene, durch rechtliche Gründe unterstützte Besorgniß, kann eine so außerordentliche Maaßregel rechtfertigen. Verleitungen der Zeugen zum Meineide, oder Versuche dazu, kommen selten vor, werden wenigstens selten entdeckt. So ist es auch mit Bestechungen; überdies hat die gewöhnliche Klasse von Verbrechern nichts zum Bestehen, sie erkennen auch wohl die beim Versuche durch Anbieten, oder bei der Entdeckung der wirklich erfolgten Bestechung, vorhandene Gefahr. Dies ist der richtige Standpunkt nicht, es giebt ganz andere Rücksichten, welche auf die Zeugen einwirken, daß man von ihnen die Wahrheit nicht, oder nicht vollständig, erfährt. Dahin gehören insbesondere: a) die Furcht vor dem Angeklagten, welchem die Aussage nachtheilig wird, die Furcht vor Rache. Die Zahl der s. g. gemeinen Verbrecher ist die überwiegende, zwei Drittel aller Verbrecher sind Diebe; sie haben in der Regel Nichts zu verlieren und sind der Auswurf der Menschheit; b) das Mitleid mit dem Angeklagten, ein sonst achtbares Gefühl. Gegen diesen findet man selten falsche Zeugnisse, wohl aber viele zu dessen Vortheile, die Zeugen überreden ihr Gewissen, daß dadurch Niemanden ein Unrecht geschehe [46]); c) die mit dem Zeugnisse verbundenen Unannehmlichkeiten, der Gang zu Gericht, das Warten daselbst, die ungenügende Ersatzleistung für versäumte Zeit, und das Streben schnell von der Sache loszukommen. — Alle diese Momente gewinnen dadurch an Bedeutung, daß der größte Theil der Zeugen einer Klasse von Personen angehört, welche von vorgefaßten Meinungen nicht leicht abzubringen sind und auf welche jene Verhältnisse besonders einflußreich wirken, daß es zwar schwer fallen muß, dieselben zu einer

46) Mittermaier Beweis §. 42. S. 388.

Digitized by Google

falschen d. h. nach dem alltäglichen und gesetzlichen [47]) Begriffe aus unwahren Thatsachen bestehenden Aussage zu vermögen, aber weit leichter seyn wird, sie zum Verschweigen eines ihm vielleicht unerheblich dünkenden, oder für Entdeckung der Wahrheit höchst wichtigen Ereignisses zu gewinnen. Der Charakter des geheimen Inquisitionsprozesses verlangt auch, daß sich der Richter nicht blos mit klassischen Zeugen, welche ohnehin selten sind, begnüge, vielmehr muß er sich jedes, wenn auch noch so verdächtigen Zeugen, zur Erforschung der Wahrheit bedienen. Jenes Geheimniß gestattet die Abhör von Personen, welche bei öffentlicher Verhandlung eine Verletzung der zartesten Verhältnisse enthalten würde, es verbietet, daß der Angeklagte den Inhalt der Zeugenaussagen erfahre, schon darum, weil die Wahrheit Originalität der Aussage verlangt, weswegen Suggestionen so sehr getadelt werden. Jene Aussagen muß aber der in Freiheit befindliche Angeschuldigte bald erfahren, wenn er nur die Personen der Zeugen weiß. Seine Rettung gebietet die äußerste Anstrengung; was oben zur Rechtfertigung des Collusionsverhaftes überhaupt angeführt wurde, beweist auch hier. Wird der Angeschuldigte nicht „die Ohren und Augen der Gerechtigkeit" ihrer natürlichen Kraft zu berauben suchen und sich ruhig umstricken lassen, wo ihm die Hoffnung bleibt, durch vorsichtige Einwirkung auf die Zeugen [48]) sich zu retten? Und nun nehme man zu dem Allen hinzu die große Zahl von Personen, welche meist den Angeklagten umgiebt und die auf's äußerste interessirt sind, ihn straflos zu wissen, welche mit dieser Strafe selbst leiden würden, Eltern, Geschwister, Ehe-

47) P. G. O. Art. 68. „zu peinlicher Straf unschuldiglich bringen."

48) Mittermaier a. a. O. S. 62.

Digitized by Google

gatten, Kinder, da wo es darum gilt, die eigene Ehre mit der Erhaltung der fremden zu retten, wo die ganze Familie aufgeregt wird, den drohenden Schandfleck ferne zu halten, der Erhalter und Ernährer aus dem Familienkreise gerissen und seine Angehörigen der Schande, dem Kummer und Hunger zugleich überlassen werden sollen, wenn die Gerechtigkeit siegt! Freilich ist es der Eid, welcher die Wahrheit beschirmen soll, aber Mentalreservationen, ja sogar der gesetzliche Zwang dazu schmälern seine Wirksamkeit; viele Zeugen können nicht beeidigt werden, welche dies wohl wissen; andere hoffen, daß es nicht dazu komme, verheimlichen die Wahrheit und beharren in unseliger Consequenz, aus Schaam das Geständniß der Unwahrheit abzulegen.

Durch vorstehende Andeutungen ist nur der Beweis versucht worden, daß die Haft gegenüber den Zeugen nicht in allen Fällen ausgeschlossen werden dürfe; als leitende Grundsätze lassen sich folgende aufstellen: 1) Je höherem Grade der Angeklagte einen seit einer Reihe von Jahren als rechtlich erprobten Charakter bezeugte, je höher er in der Achtung seiner Mitmenschen stand und je mehr diese Eigenschaften mit dem angeschuldigten Verbrechen [49]) sich vereinigen lassen, in desto geringerem Grade läßt sich die Fälschung der Wahrheit durch das niedere Mittel der Collusion mit Zeugen erwarten. 2) Je mehr Versicherungen andrerseits für den moralischen Charakter der Zeugen vorhanden sind, je freier von allen Einflüssen derselbe ist, je weniger Nebenrücksichten seine Pflicht erschüttern können, je zuverlässiger seine Aussage nach Act und Inhalt ist, desto weniger läßt sich annehmen, er werde sich zu Collusionen hergeben. 3) Je mehr durch die Menge von Zeugen für und wider die Anklage eine

49) z. B. Todtschlag, Duell, Kindermord.

Digitized by Google

Unsicherheit der Grundlage des Prozesses besteht, desto höher der Grad der Gefahr vor Collusionen. 4) Je schmaler die Kluft ist, welche für die rechtliche Beurtheilung des Falles zwischen den Aussagen des Angeklagten und denjenigen der Zeugen besteht, desto weniger ist diese Gefahr zu erkennen. 5) Bereits gemachte Versuche zu Collusionen rechtfertigen sofort die Haft. 6) Je größer die drohende Strafe, desto mächtiger der Trieb und Verdacht der Collusionen. 7) Die bloße Möglichkeit des Vorhandenseyns oder der Entdeckung von Zeugen, mit welchen colludirt werden könnte, giebt, weil jedes leitende Princip für das Erkenntniß einer Gefahr fehlt, kein Verhaftungsrecht. Die rechte Mitte ist hiernach bestimmt, der Richter nicht so sehr beengt, die individuelle Sicherheit vor offenbaren Gewaltstreichen unwürdiger Beamten geschützt.

Die Frage: ob der Collusionsverhaft in die Strafe einzurechnen sey? hat ebenfalls verschiedene Ansichten herbeigeführt [50]). Es ist früher nachgewiesen worden, daß die Haft ein nothwendiges Uebel sey. Mehr als die Strafe des Verbrechens soll der Schuldige nicht leiden, die Haft enthält aber dennoch dieses Mehr. Daß diese in ihrer Entstehung und Fortdauer unter Voraussetzungen nicht zu entbehren sey, ist bewiesen, nicht bewiesen, daß der Staat dieses Uebel nicht auslöschen solle, sobald sich die Gelegenheit bietet. Der Zufall bestimmt meist dessen Dauer, es kann den weniger Schuldigen härter treffen, als den Haupturheber, und doch verlangt die Gerechtigkeit Gleichheit der Behandlung. Bei Mitschuldigen muß Jener seiner Genossen halber büßen. Zur Verhängung eines Uebels ist dem Richter ohnehin Beweis

50) Vergl. Henke a. a. O. S. 629. Tittmann a. a. O. §. 701.

Digitized by Google

nöthig, die Haft ist zulässig bei Gefahr, Besorgniß von Collusionen, der Beweis also meist nicht erbracht. Von dem durch Verschulden des Richters ungebührlich verhängten oder fortgesetzten Arrest ist nach dem Allem hier gar nicht zu reden. Die Criminalpolitik mag rathen, Aufrechnung zur Strafe auszuschließen: a) wenn der Angeklagte in Folge unternommener Collusionen, also durch die That, bewiesen hat, sein Bestreben sey es, seine Freiheit zum Nachtheil der Untersuchung zu mißbrauchen; b) wenn er erwiesenermaßen durch Läugnen oder Lügen die Untersuchung verzögert, so lange er in diesem Benehmen beharrt, denn auch hier bezeugt er, um wie viel mehr er seine Freiheit zur Verdunkelung der Wahrheit mißbraucht haben würde. Dafür spricht noch: α) die Verletzung der Pflicht zur Wahrheit sollte nie dem Angeklagten Vortheil gewähren; β) es würde sonst darin eine Provocation für alle Angeschuldigte zur Lüge seyn; γ) diese könnten sich sogar den Vortheil erlügen, entweder gar nicht oder doch für kürzere Zeit an den für sie empfindlichen Strafort zu kommen. — Die gemeinrechtlichen Bestimmungen sind diesen Ansichten nicht entgegen [51]).

Ob die Collusionshaft nicht länger, als die den Angeschuldigten voraussichtlich treffende Strafe dauern dürfe? diese Frage ist dadurch ebenfalls zum Theil beantwortet. Manche Gesetzgebungen haben sie unbedingt bejaht [52]). Will man aber die Haft, trotz ihrer fortdauernden Nothwendigkeit aus jenem Grunde aufheben, so heißt dies die Untersuchung niederschlagen; es kann kein Verbrecher zur Strafe kommen, der die Aussicht hat, nach gewisser Zeit freigelassen zu werden und vielleicht überdies zum Lohne seiner Lügen ein freisprechendes Urtheil zu erzielen. Gerade

51) Abegg in diesem Archive Bd. XIV. S. 154.

52) Z. B. das Zürcher Gesetz von 1831. Art. 4.

Digitized by Google

sache bei den verwickeltsten Untersuchungen hängt oft durch den Collusionsarrest des am geringsten Strafbaren der glückliche Ausgang der Sache ab. Jene Bestimmung ist daher ganz gehaltlos und unpraktisch.

V. Eine Verhaftung erscheint nur alsdann als eine gerechte, wenn sie dem Angeklagten bei ihrer Ausführung nicht mehr Uebel bereitet, als der Zweck nothwendig erfordert.

Andeutungen müssen hier genügen; in einem anderen Aufsatze werden einige dahin gehörige praktische Bemerkungen in Bezug auf die Anwendung dieser Satz zur Erläuterung dienen. A. Die Verhaftung muß zwar rasch und ohne alle Einleitungen geschehen, welche diesen Schritt dem Angeklagten voraus verkünden, aber es muß auch jedes Aufsehen, jede Gewaltthätigkeit fern bleiben, damit man stets den Act der Gerechtigkeit erkenne. Man muß bedenken, daß ein Verdächtiger nicht schon als Schuldiger behandelt werden dürfe. B. In Bezug auf die Fortdauer der Haft kommt in Betracht: 1) die Einrichtung des Gefängnisses und die Behandlung des Untersuchungsgefangenen. 2) Die Erfordernisse der Haft müssen nicht allein in jedem Augenblicke derselben vorhanden seyn, sondern der Richter ist auch verpflichtet, die Ursachen des Arrestes möglichst beschleunigt selbst zu beseitigen.

VI. Es muß aus den schon früher entwickelten Gründen dem Staate und dem einzelnen Bürger eine genügende Garantie dafür gegeben werden, daß eine vom Untersuchungsrichter vollzogene Verhaftung gerechtfertigt und auf gelinderem Wege nicht zu umgehen sey. Es sind dazu nur solche Mittel tauglich, welche zwar 1) eine gründliche Prüfung der Statthaftigkeit der Haft in sich schließen, aber doch 2) den Fortgang des Verfahrens, in dessen und des Angeklagten Interesse selbst, nicht verzögern.

Digitized by Google

Solcher Mittel giebt es eine hinreichende Anzahl, sie sollen in dem so eben erwähnten späteren Vortrage praktischen Inhalts angegeben werden.

Nur dann, wenn alle diese, möglichst gedrängt bisher angeführten Rücksichten, welche einer Verhaftung wegen Collusionsgefahr vorausgehen, sie begleiten und ihr nachfolgen, wenn alle diese, auf das Wohl der Gesammtheit und des Einzelnen zugleich Bedacht nehmenden rechtlichen Gründe vereint zusammenwirken, nur dann können wir diese wichtige Maaßregel nach dem Standpunkte des jetzigen Strafprozesses, welcher zugleich zweckgemäße gesetzliche Vorschriften über den Indicienbeweis für den Inquirenten und urtheilenden Richter enthalten muß, für vollkommen gerechtfertigt erkennen.

Digitized by Google

XXVI.

Ueber den neuesten Zustand der Strafgesetzgebung

mit besonderer Rücksicht

auf die neuesten Entwürfe, insbesondere für das Großherzogthum Hessen, für den Kanton Bern und Kanton Thurgau.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XVI. im vorigen Hefte.)

Die neuesten Gesetzgebungsarbeiten tragen das Gepräge einer Zeit an sich, in welcher das höchste Schwanken der Ansichten bemerkbar ist, wo zwar die Stimme der Forderung des Bessern schon Kraft gewonnen hat, wo aber in jedem Augenblicke das Vorurtheil an den bisherigen Ansichten klebt und den Gesetzgeber die Angst beherrscht, daß er zuviel zugeben könne. Man sieht unseren Gesetzbüchern und Entwürfen an, daß die Gesetzgebungskunst noch lange nicht auf jener hohen Stufe steht, von welcher Manche im seligen Wahne träumen. Wer an legislativen Arbeiten amtlich Theil nehmen muß, bemerkt, wenn er das Ergebniß der Wissenschaft vergleichen will, bei jedem Schritte, daß unter den Gelehrten selbst die größte

Digitized by Google

Verschiedenheit der Meinungen herrscht, und daß unsere Wissenschaft noch so viele Lücken hat, deren Daseyn auch auf die Gesetzgebung Einfluß hat. Ganz vorzüglich zeigt sich dies in Bezug auf die besonderen Verbrechen, deren Natur noch nicht genügend erforscht ist, z. B. wie wenig befriedigend ist die Lehre von den Injurien, von dem Hochverrathe, von dem Betruge u. A. erörtert. Unsere Wissenschaft darf sich nicht rühmen, daß sie viele solche Werke besitzt, wie neuerlich Escher über Betrug und Fälschung geliefert hat[1]). So ist auch für die Erörterung mancher wichtigen Fragen, z. B. inwiefern es einen strafbaren Versuch der Beihülfe gebe, über die Zurechnung des unbestimmten Dolus, über den Einfluß der Widerrechtlichkeit einer Verfügung, gegen welche Jemand sich widersetzt, auf die Strafbarkeit der Widersetzung — kurz für die Entwickelung eigentlich praktischer Fragen — wenig geleistet. Selbst in Bezug auf den Charakter, den das Gesetzbuch an sich tragen soll und den Umfang der Codification fehlt es noch an einer klaren Erkenntniß der Bedürfnisse. Wenn auch unsere neuesten Gesetzgebungsarbeiten in Vergleichung z. B. mit dem baierschen Gesetzbuche weit einfacher sind und mehr der Wissenschaft überlassen, so kommen noch immer auch in den neuesten Gesetzgebungen so viele Sätze vor, welche in kein Gesetzbuch gehören. Wir erinnern z. B. an die Sätze des neuesten hessischen Entwurfs §. 58 über den Einfluß des Irrthums an der Person; §. 40 über die Einwilligung zu einer an sich strafbaren That; §. 68 über die Zurechnung des Exzesses, den der Thäter verübte — in Bezug auf den Anstifter u. A. Wir machen ferner

1) Die Lehre von dem strafbaren Betruge und von der Fälschung nach röm., englischen und französ. Rechte in den neuern deutschen Gesetzgebungen von Heinrich Escher, Zürich 1840. (Wir werden dies Werk, das vorzüglich auch durch seine Beachtung der fremden Gesetzgebungen sich auszeichnet, im nächsten Hefte dieses Archivs anzeigen.)

Digitized by Google

aufmerksam auf Sätze, wie z. B. im würtembergischen Gesetzbuche art. 56. vorkommen — über den generellen Dolus. Wer mag läugnen, daß er diesen als Folge einer schweren Geburt in den Kammern zu Stande gekommenen Artikel drei- und sechsmal lesen muß, bis er endlich weiß, was der Gesetzgeber damit wollte? Der Gesetzgeber muß, wenn er sich fragt, ob er über einzelne Sätze der Rechtsanwendung ein Gesetz erlassen will, sich die Nachtheile klar machen, welche entstehen, wenn er nichts bestimmt, und muß die aus einer gesetzlichen Bestimmung möglicherweise entstehenden Folgen sich vorstellen. — Bestimmt er nichts, so kann allerdings der Fall eintreten, daß ein durch eine unrichtige Theorie verführtes Gericht in einer Sache ein nicht zu billigendes Urtheil fällt, und daß die Entscheidungen der verschiedenen Gerichtshöfe verschieden ausfallen. Bestimmt aber das Gesetz etwas, was der Wissenschaft angehört, so ist es unvermeidlich, daß der Gesetzgeber dabei viel generalisiren muß, um alle möglichen Fälle in einer Regel zu umfassen, oder daß er in ein großes Detail von Entscheidungen einzelner Fälle eingehen, oder durch Beifügung von Beispielen die Regel zu verdeutlichen suchen muß. Thut er das Erste, so läuft er Gefahr, eine den Richter irreleitende Regel, die in vielen — gar nicht vorherzusehenden Fällen doch nicht paßt, aufzustellen. Frage man ehrlich, ob durch eine Regel, wie sie der hess. Entwurf art. 40. über die Erlaubniß aufstellt [2]), etwas gewonnen wird?

2) Es heißt im art. 40: Durch die von dem Benachtheiligten gegebene Erlaubniß oder Einwilligung zu einer mit Strafe bedrohten Handlung wird der Thäter nur straflos, wenn 1) die gegebene Erlaubniß oder Einwilligung nach allen vorhandenen Umständen als eine ernstlich gemeinte betrachtet werden kann. 2) Wenn überdieß der Benachtheiligte die Erlaubniß geben konnte, ohne die Pflichten der Selbsterhaltung oder die Pflichten gegen Andere zu verletzen oder die Rechte Anderer zu beeinträchtigen.

Digitized by Google

Der Artikel verweist auf das Feld der Moralpflichten, wo es dem Richter an sicherer Grundlage fehlt. Nach der allgemeinen Fassung des Artikels muß der Richter manchen Fall, der keine Strafe verdient, doch strafen, und andere Fälle straflos erkennen, wo Strafe paßt. — Befolgt der Gesetzgeber den zweiten oben angegebenen Weg, so artet sein Gesetzbuch in eine Casuistik aus, welche doch ungenügend ist, weil immer Fälle vorkommen werden, die nicht vorhergesehen waren; befolgt er den dritten Weg, den z. B. der indische Entwurf [3]) wählt, so muß er besorgen, durch die Beifügung von Beispielen theils etwas Ueberflüssiges, theils etwas Irreleitendes zu thun [4]). Auf jeden Fall kommt der Gesetzgeber, wenn er rein doctrinelle Sätze zu Gesetzen stempelt, nicht in die Lage, Irrthümer, welche zwar im Augenblicke von einigen Juristen gelehrt werden, zu sanctioniren, während schon in der nächsten Zeit die bessere Forschung den Irrthum der zuvor allgemeinen aufgestellten Behauptung nachweist. Der Verfasser dieses Aufsatzes spricht offen die Ueberzeugung aus, daß er es vorzieht, wenn in Bezug auf Sätze, die nicht nothwendig werden, um festzustellen, was unter Strafe verboten oder geboten sein soll, und welche Strafe eintreten muß, die Richter in einzelnen Fällen, die sie zu entscheiden haben, irren, als wenn der Gesetzgeber einen Irrthum begeht. Der Irrthum des Richters kann in jedem Augenblicke bei dem nächsten Falle wieder verbessert werden, und der irrige Satz wird bei der nächsten Auflage des Compendiums berichtigt; der Irrthum des Gesetzgebers aber bleibt, bis er auf dem etwas schwerfälligen legislativen Wege verbessert wird, und wirkt auf eine Masse von Fällen, die

3) S. in diesem Archive 1859. S. 330.

4) S. meine Bemerkungen in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung XII. Nr. 10.

Digitized by Google

nach dem Gesetze entschieden werden müssen. Vergleicht man die neuesten Gesetzesarbeiten mit denen der vorigen Jahrzehende, so haben sie allerdings an Einfachheit gewonnen; aber leider scheinen unsere neuen Gesetzgeber sich immer noch nicht mit dieser edlen Tugend recht befreunden zu können. — Betrachte man nur in unseren neuesten Gesetzgebungen die Lehre von dem Rückfalle und von dem Urheber. Man tadelt oft die Vorschriften des baierischen Gesetzbuchs über Rückfall; allein, was in unseren neuen Gesetzgebungsarbeiten vorkommt, ist nicht weniger complicirt. Der hessische Entwurf art. 88. folgt dem Beispiele des badischen und bezeichnet nur bestimmte Verbrechen, bei welchen die abermalige Begehung als Rückfall bestraft werden soll, und giebt in einzelnen Nummern an, welche als gleichartig zu betrachten sind [5]). Fragt man um die Gründe dieser Ansicht, so geben die Motive zum badischen Entwurfe wenigstens die Antwort, daß man Rückfall nur annehmen wollte bei Verbrechen, deren Verübung zur Gewohnheit, zur wahren Neigung werden kann; allein es scheint eine sehr willkürliche Annahme zu seyn, ob man hierher gewisse Verbrechen stellen will oder nicht. Etwas sonderbar klingt es, wenn der hessische Entwurf bei dem Meineide und Eidesbruch Rückfall annimmt, also von einer Neigung zum Meineide sprechen will, und dagegen z. B. bei dem Verbrechen der Widersetzung keine Rückfallsstrafe eintreten läßt. Schwerlich wird man eine Neigung zum Meineid annehmen, oder von einer Neigung zur Kindesabtreibung sprechen, bei welcher gleichfalls der hess-

5) Art. 88. rechnet dahin 1) Münzfälschung, Fälschung der großherzogl. Siegel, des großherzogl. hess. Stempelpapiers, der Staatspapiere, Fälschung in Amtshandlungen; 2) Kindesmord, Abtreibung der Leibesfrucht und Aussetzung; 3) Mord und Vergiftung; 4) Todtschlag, Körperverletzung, Theilnahme an Raufhändeln; 5) Unzucht, Verletzung der Schamhaftigkeit, Doppel-Ehe, Ehebruch, Entführung ꝛc. — —

Digitized by Google

sche Entwurf Rückfall annimmt. Dagegen giebt es Menschen, die eine Neigung haben, gegen jede Obrigkeit gnau zu seyn und sich zu widersetzen; selbst Gewohnheits-Duellanten giebt es, bei denen das Händelsuchen Neigung wird; warum spricht der Gesetzgeber hier nicht auch von dem Rückfalle? Auffallend ist es, daß der Entwurf auch bei dem Todtschlag einen Rückfall annimmt, während nur bei den mit Vorbedacht verübten Verbrechen der Grund paßt, auf welchem die neuen Gesetzgeber den Rückfall so streng strafen wollen. Es kann überhaupt Jemand wohl das nämliche Verbrechen, wegen welches er Strafe erlitt, noch einmal verüben, aber unter so völlig veränderten Umständen, die auch die Zurechnung verändern, daß man gar nicht auf das Daseyn einer Neigung zu diesem Verbrechen schließen darf. — Durch dieses neue legislative Experiment kommt in die Rechtsanwendung eine Unterscheidung, welche dem Volke nie einleuchten wird. Warum lassen sich unsere Gesetzgeber nicht durch die Erfahrung Baierns belehren, das in den späteren Entwürfen den Rückfall nur als einen Straferhöhungsgrund erklärte und alle verunglückten Rückfallssysteme aufgab. Diese Ansicht bewährt sich um so mehr als richtig, als nach gerechten Grundsätzen nicht die längere Dauer der Strafe, die den Rückfälligen trifft, so daß er die Dosis jetzt gleichsam verdoppelt schlucken muß, sondern die Intension des Strafübels, das ihn treffen muß, auf das Gemüth des Verbrechers wirken wird. Will man dem Pönitentiarsystem folgen, so giebt es hinreichend Mittel an die Hand, den Rückfälligen in der Anstalt strenger als das erstemal zu behandeln; z. B. durch absolute Isolirung, durch Entziehung gewisser Vortheile. Der Rückfällige beweist, daß seine Krankheit eine eingewurzelte ist, daß die das erstemal angewendeten Mittel nichts fruchteten; wende man nun das zweitemal ein intensiv stärkeres Mittel an, helfe man sich

Digitized by Google

aber nicht durch eine Verdoppelung der zuvor angewendeten. Man scheint auch zu vergessen, daß unsere neuen Gesetze ohnehin durch den großen Raum, welchen sie dem richterlichen Ermessen geben, z. B. Arbeitshaus (von 6 Monaten oder Zuchthaus bis 10 Jahre), der Richter hinreichend in den Stand gesetzt ist, die Strafe gegen den Rückfälligen zu erhöhen, ohne daß man nöthig hat, dem Richter das Recht zu geben, zur höheren Strafart überzugehen. In den Köpfen unserer Gesetzgeber spukt leider noch zuviel die Abschreckungstheorie[6]). Auch in den Lehren von den Urhebern und Gehülfen vermißt man die Einfachheit in den neuesten Gesetzgebungen. Alle drei Entwürfe (Hessischer art. 66, Bernischer art. 52, Thurgauischer art. 41.) beruhen auf dem nämlichen Systeme, nach welchem erklärt wird, daß nicht blos der, welcher das Verbrechen selbst begangen hat, sondern auch der, welcher den Andern zum Entschlusse dasselbe zu begehen vorsetzlich bestimmt hat, als Urheber bestraft werden soll. Hierauf handeln die Entwürfe von dem Complotte (Hessischer art. 69, Bernischer §. 54, Thurgau §. 44.) und zuletzt von den Gehülfen. Wir glauben, daß dies System nicht zweckmäßig ist, denn schon überhaupt ist es in der Allgemeinheit irrig, den Anstifter als Urheber gänzlich dem Thäter gleichzustellen, was zu der Härte führet, daß der intellectuelle Urheber in allen Fällen mit der Strafe wie der Thäter bestraft werden muß, wenn nicht, wie nur allein der badische Entwurf es thut[7]), eine Beschränkung beigefügt wird. Noch unpassender ist es, durch Generalisirung bei allen Verbrechen vom Complott zu sprechen, und daher, was wirklich lächerlich klingt, ein

6) S. auch Treffurt in diesem Archive 1838. S. 423.

7) Badischer Entwurf art. 107. und meine Bemerkungen in diesem Archive 1839. S. 166.

Digitized by Google

Complott zur widernatürlichen Unzucht, zum Meineide u. s. anzunehmen[8]). Es führet dieß zu einer oft empörenden Härte, weil die Richter genöthigt werden, alle Theilnehmer des Complottes mit der nämlichen Strafe zu belegen, was z. B. bei der Drohung einer absolut bestimmten Strafe allen Grundsätzen der Gerechtigkeit widerspricht[9]). Unsere Gesetzbücher und Entwürfe schreiben solche Vorschriften aus dem baierischen Gesetzbuche ab, welches nach der Abschreckungstheorie, welcher der Verfasser jenes Gesetzbuchs huldigte, zu solchen Strafdrohungen kommen konnte, während unsere neuen Gesetzbücher versichern, daß sie den Forderungen der Gerechtigkeit huldigen. Wenn ein Gesetzbuch einen Unterschied zwischen Thäter und Gehülfen in Bezug auf die Bestrafung macht, so ist es inconsequent, wenn der Gesetzgeber mit einem Federzuge wieder diesen Unterschied bei dem sogenannten Complott vereinigt, blos deswegen, weil hier mehrere zur Ausführung eines gemeinschaftlich beschlossenen Verbrechens sich verabredeten. Wir fragen alle Richter, ob nicht in den Gerichtshöfen oft stundenlang darüber gestritten wird, ob, wenn mehrere Theilnehmer eines Verbrechens da sind, sie als Complotteurs, oder ob Einer als Thäter und die Anderen als Gehülfen zu betrachten sind, bis zuletzt die Stimmenmehrheit die Frage entscheidet. Der Umstand, daß M., welcher dem A. und B. zur Ausführung eines Mordes eine Pistole zu leihen versprach, auch bei den Berathungen des A. und B. gegenwärtig war und erklärte, daß er die Ausführung des Mordes wünsche, kann für sich nicht genügen, den M., der sonst nur als Gehülfe bestraft worden wäre, mit der Strafe des Urhebers zu belegen. Denke man nur an Fälle,

8) Mit Recht rügt dies auch Kitka über das Verfahren bei Abfassung der Gesetzbücher S. 57.

9) S. meine Bemerkungen in diesem Archive 1839. S. 165.

Digitized by Google

wo Jemand mit seiner Ehefrau und seinen zwei Kindern ein Verbrechen beschließt, welches er allein ausführt. Es ist der Fall vorgekommen, wo ein Bauer, der von dem Förster, der ihn haßte, als Wilddieb angezeigt und deswegen bestraft wurde, beschloß, den Förster zu tödten. Am Tische des Bauern war täglich davon die Rede. Seine ihm treu ergebene Frau und zwei Kinder — ein Sohn von $16\frac{1}{2}$, eine Tochter von 18 Jahren, erbittert gegen den Förster, der ihren Vater unglücklich gemacht hatte, besprachen mit dem Bauer dies Verbrechen, der Sohn kaufte die Pistole, die Tochter und die Mutter lauerten mehrere Tage auf, um dem Vater anzuzeigen, wann der Förster allein im Walde wäre. Der Bauer tödtete den Förster, und er und die Ehefrau mit den 2 Kindern verscharrten die Leiche. Das Gericht nahm Complott an und verurtheilte alle vier zum Tode. Es war in dem Lande nur eine Stimme, welche das Urtheil mißbilligte. — Am einfachsten betrachtet der Gesetzgeber, wie noch das französische und italienische Recht es thun, den Thäter (sogenannten physischen Urheber) als den Mittelpunkt, an welchen die Uebrigen, die zum Verbrechen hinzukommen, als Theilnehmer sich anschließen. Zu diesen Theilnehmern (complices) gehören ebensowohl die sogenannten intellectuellen Urheber, als die Gehülfen. Auch der französische Code art. 60. faßt es so auf. Das System des Gesetzbuchs könnte nun folgendes sein: 1) Das Gesetz bestimmt, daß auch die Theilnehmer an einem Verbrechen strafbar seyen, und zählt auf ähnliche Weise wie der Code art. 60. die Arten auf, wie Jemand complice wird, wohin auch die Handlungen des intellectuellen Urhebers gehören. 2) Ein Artikel erklärt, daß die Theilnehmer geringer als die Urheber bestraft werden, und bestimmt näher das Strafverhältniß. 3) Ein ferneter Artikel spricht aus, daß dem Theilnehmer die volle Strafe des Verbrechens zuerkannt

Digitized by Google

werden kann, wenn seine Theilnahme von der Art war, daß ohne ihn das Verbrechen von dem Thäter nicht verübt worden wäre, oder der Thäter ohne den Beistand des Theilnehmers das Verbrechen nicht hätte vollbringen können. 4) Einer besondern Bestimmung über Verschwörung bedarf es bei dem Hochverrath und über Diebes- und Räuberbanden, und etwa bei dem Complotte der Gefangenen zum gewaltthätigen Ausbruch aus dem Gefängnisse. — Nach diesem Systeme bedarf es aller gekünstelten Begriffe von dem intellectuellen Urheber und dem Complotte nicht. Der Richter aber hat die gehörige Ermächtigung, nach der Art der Verschuldung im einzelnen Falle gewisse Theilnehmer auch mit der vollen Strafe des Verbrechens zu bestrafen.

Es sei nun erlaubt, nach diesen Vorbemerkungen zur Prüfung der einzelnen Hauptgrundlagen der neuesten Entwürfe überzugehen, und zwar I. zur Prüfung des Strafsystems. Alle drei Entwürfe behalten die Todesstrafe bei (Hessischer art. 9, Thurgau §. 4, Bernischer §. 4.). Während die zwei ersten die öffentliche Enthauptung vorschreiben, bestimmt der dritte, daß die Strafe im Innern eines Gebäudes zu einer öffentlich zuvor bekannt gemachten Stunde in Gegenwart der obersten Vollziehungsbeamten, der Geistlichen, unter Zulassung der Verwandten des Verurtheilten oder deren Beauftragten und einer Anzahl von höchstens 20 zeugnißfähigen Personen männlichen Geschlechts vollzogen werde. Die Leiche des Verurtheilten soll dann 12 Stunden ausgestellt werden. Wir wollen hier nicht von der Frage, ob die Todesstrafe beibehalten werden soll, handeln, sondern an das eigentlich Praktische uns halten, nämlich an die Frage: welchen Verbrechen und unter welchen Bedingungen sie gedroht ist — wovon unten die Rede seyn muß. Hier dagegen müssen wir aussprechen, daß der bernische die öffentliche Vollziehung

Digitized by Google

ausschließende Vorschlag keine Billigung verdient. Gewiß ist die Abschreckungstheorie nicht zu billigen; aber ebenso verkehrt ist es, wenn man das in der Strafe liegende Merkmal, daß sie abschrecken soll, völlig aufgeben will. Unfehlbar ist die Vollziehung der Todesstrafe eine furchtbare und (abgesehen von manchen rohen und neugierigen Zuschauern) wirksame Mahnung. Die Gerechtigkeit bedauert es, daß sie ihr Amt ausüben muß, aber sie schämt sich dessen nicht, sie vollzieht es mit dem Ernst und der Einfachheit, die am meisten Eindruck machen. Die Gründe, welche man gegen die öffentliche Hinrichtung angiebt, beruhen auf Uebertreibungen. Man will zwar eine Art von Oeffentlichkeit, allein der Verfasser gesteht, daß es für ihn etwas Empörendes hat, wenn man an 20 Personen Eintrittsbillets austheilt (in Nordamerika müssen bestimmte Personen als öffentliche Zeugen dem ersten Akte beiwohnen) und das Recht zuschauen zu dürfen als eine Gunst ansieht, und wenn man von einem Rechte der Verwandten spricht. Wenn man Todesstrafe beibehalten, aber der Humanität Rechnung tragen will, so fange man nicht damit an, ihre öffentliche Vollziehung auszuschließen. Warum will man nicht vielmehr das Fallbeil einführen? Warum hält man noch immer an der Hinrichtung durch das Schwert fest, vergessend, daß die Zahl verunglückter Hinrichtungen durch das Schwert immer mehr sich häuft? — 2) Bei den Freiheitsstrafen nimmt der hessische Entwurf art. 91. das lebenslängliche Zuchthaus, das zeitliche nicht unter 3 Monaten bis 18 Jahre, die Correctionsstrafe von 3 Monaten auf. Der bernische Entwurf (§. 6—10.) kennt keine lebenslängliche Freiheitsstrafe, dagegen Schellenwerk (wo der Sträfling zur harten Arbeit im Innern der Anstalt oder außerhalb derselben angehalten wird) von mindestens 6, höchstens 20 Jahre; Zuchthaus (wo auch Arbeit außerhalb der Anstalt, falls sich die

Digitized by Google

Sträflinge dazu erbieten) von 2 bis 10 Jahren; Arbeitshaus (ebenfalls mit dem Rechte des Sträflings, außerhalb der Strafanstalt zu arbeiten) von 6 Monaten bis 6 Jahre und Gefängniß bis höchstens 2 Jahre. — Der thurgauische Entwurf §. 5. ist einfacher; er kennt Zuchthausstrafe (bei welcher die Verurtheilten Ketten tragen, abgesondert eingesperrt zu Arbeiten im Innern der Anstalt und zu ununterbrochenem Stillschweigen bei Tag und bei Nacht angehalten werden), und zwar auf Lebenszeit — oder zeitliches Zuchthaus nie weniger als auf 2 Jahre, nie mehr als auf 20 J. — Arbeitshaus (art. 6.) mit gleicher Isolirung und Pflicht zum Stillschweigen, wie bei Zuchthaus (jedoch ohne Ketten) von 2 Monaten bis 8 Jahre. — Gefängniß von 2 Tagen bis 2 Jahre. — Vergleicht man diese Vorschriften, so bemerkt man leicht, daß unsere Gesetzesredactoren über das System der Freiheitsstrafen noch nicht im Reinen sind. Die Musterkarte unserer Freiheitsstrafen mit verschiedenen Namen beruht auf keinem Prinzip. Es ist erbaulich zu sehen, wie unsere Gesetzgeber viel von der Einführung des Pönitentiarsystems sprechen, allein nur Wenige haben sich damit befreundet. — Die Abtheilung der Anstalten zur Verbüßung der Freiheitsstrafe hängt zusammen 1) mit dem Systeme, daß gewisse Sträflinge Ehrenverlust leiden sollen; 2) mit dem Zwecke der Freiheitsstrafe, die ein empfindliches Uebel, für den Bestraften zugleich aber ein Mittel der Besserung desselben seyn soll. — Von dem ersten Punkte soll bei Nr. II. gehandelt werden. In Bezug auf den zweiten müssen die Rücksichten entscheiden: 1) daß die Anwendung wirksamer Mittel der Besserung von einer gewissen Dauer der Strafe abhängt; 2) daß die Dauer der Freiheitsstrafe durch die Art der Einrichtung und die Intension der Uebel bedingt wird, welche der Sträfling leiden muß; 3) daß alles vermieden werden muß, was dem Zwecke der Bes-

Digitized by Google

rung widersprechen würde. In der ersten Rücksicht ist nun die Erfahrung richtig, daß bei kurz dauernden Freiheitsstrafen auf die Wirksamkeit des Pönitentiarsystems in der Art, daß durch moralische und religiöse Einwirkung eine Umgestaltung des Gemüths des Sträflings dauernd hervorgebracht werden kann, nicht zu rechnen ist, daß daher eine Trennung der Strafanstalten in der Beziehung nothwendig wird, daß man die nur zur kürzeren Freiheitsstrafe (bis 1, richtiger bis 2 Jahren) Verurtheilten in einer eigenen Anstalt absondert von denjenigen, die auf längere Zeit verurtheilt sind und dem Pönitentiarsysteme unterworfen werden. Wir streiten nicht über die Namen, ob man die Anstalt der ersten Art Gefängniß, die der zweiten Art Besserungs- oder Zuchthaus nennen will: in beiden Anstalten muß ein gemeinschaftliches System in sofern eingeführt seyn, als alle Sträflinge zur Nachtzeit isolirt und zur Arbeit unter Verpflichtung zum Stillschweigen angehalten werden müssen. Bei den auf kurze Zeit, z. B. unter einem Monat Verurtheilten könnte die Verpflichtung zur Arbeit wegfallen. Auch ändert es am Systeme nichts, wenn man Amts- und Kreisgefängniß trennt und die auf kurze Zeit Verurtheilten ihre Strafe in dem ersten abbüßen läßt; was zu rechtfertigen ist, weil sonst durch die Transportirung des doch nur auf wenige Wochen Verurtheilten in eine entfernte Strafanstalt Kosten und manche Nachtheile erspart werden. — Alle, die zur längeren Freiheitsstrafe als 1 oder 2 Jahre verurtheilt sind, haben die Strafe in dem Besserungshause abzubüßen, das auf das Pönitentiarsystem gebaut sein muß, wo moralische und religiöse Einwirkung, Classification und andere Mittel des erwähnten Systems angewendet werden, deren Wirksamkeit aber nur durch längere systematisch geleitete Benutzung möglich wird. Kaum begreiflich ist es, wie nach dem bernischen Entwurfe die Zuchthaussträflinge zu Arbeiten

Digitized by Google

außerhalb der Anstalt und die Arbeitshaussträflinge hiezu, wenn sie sich erbieten, verwendet werden dürfen. Eine solche Einrichtung steht im directen Widerspruch mit dem Besserungssysteme; denn schon überhaupt wird durch eine solche gezwungene öffentliche Arbeit der Rest des Schamgefühls des Sträflings zerstört; er sieht sich dem Gespötte, der Neugierde des Publikums Preis gegeben; und Rohheit und Schamlosigkeit gewinnen, wie die Erfahrung lehrt, bald die Oberhand. Wenn öffentliche Arbeiten z. B. an Straßen, öffentlichen Bauwerken vorkommen, so ist die Communication der Sträflinge unter sich unvermeidlich; schon die Art der Arbeit im Freien macht Gespräche möglich; eine noch so große Zahl von Aufsehern kann nicht den Unterredungen vorbeugen. Auch würden die Sträflinge im Freien leicht Gelegenheit finden, mit anderen Personen z. B. ihren Genossen sich zu unterhalten, eine Correspondenz anzuknüpfen und Pläne der Entweichung zu verabreden. Darauf, ob der Arbeitshaussträfling sich zu Arbeiten außerhalb der Anstalt sich erbietet, kann es nicht ankommen, da der Zweck der Strafe dadurch vereitelt wird, und Leichtsinn, Rohheit, Wunsch im Freien zu arbeiten, und die Hoffnung Kameraden zu sehen oder Gelegenheit zur Flucht zu erhalten, die Sträflinge bewegen werden, um die Erlaubniß zu öffentlichen Arbeiten nachzusuchen. Es ist nicht begreiflich, wie Jemand, der eine Vorstellung von dem Pönitentiarsystem hat, Arbeiten der Sträflinge außerhalb der Anstalt zugeben kann. — Noch unbegreiflicher ist es, wie unsere Gesetzesredactoren das Maximum der Freiheitsstrafe entweder auf 20 oder auf 18 Jahre setzen, ohne darüber im Reinen zu seyn, welches System der Freiheitsstrafe man zum Grunde legen will. Wenn man absolute Isolirung nach dem pensylvanischen Systeme einführet, so kann das Maximum nur auf 7 Jahre, nach der Ansicht anderer erfahrner Männer höch-

Digitized by Google

höchstens auf 10 Jahre gesetzt werden. Wählt man das System von Genf, so darf Freiheitsstrafe nicht über 16 Jahre gesetzt werden. Jene Freiheitsstrafen von 12, 20, 25 Jahren, die wir noch in unseren Strafurtheilen finden, mochten zu einer Zeit gerechtfertigt werden können, wo das alte Gefängnißsystem gilt, wo die Sträflinge zusammen arbeiteten, sich unterhielten, und zuletzt ihre Lage ganz erträglich fanden, zu einer Zeit endlich, wo das Strafsystem auf Abschreckung beruhte. Sobald aber die Summe der Uebel, die in der Freiheitsstrafe liegen, intensiv vermehrt wird, sobald muß auch die Strafzeit abgekürzt werden, wenn man nicht ungerecht seyn will. Sobald die Strafanstalt überhaupt die Besserung bezweckt und die angewendeten Mittel nach der Erfahrung dazu führen, sobald dargethan wird, daß durch den Aufenthalt in einer auf absolute Isolirung berechneten Anstalt während 7 (nach Andern 10) Jahren eine solche Umgestaltung in dem Inneren des Sträflings bewirkt wird, daß die Besserung angenommen werden darf, in sofern eine gehörige Sorgfalt auch noch den Entlassenen bewacht, ihm Gelegenheit zu seinem Fortkommen verschafft, so ist eine längere Dauer der Strafe z. B. bis 20 Jahren nicht zu rechtfertigen. Unsere Regierungen scheuen, wenn Eisenbahnen gebaut oder neue Wasserbauten gemacht werden sollen, keine Kosten, um durch Absendung von Männern in Länder, wo solche Anstalten schon blühen, Erkundigungen und Belehrung zu holen. Warum sind unsere deutschen Regierungen gleichgültig bei der Frage über Gefängnißverbesserung? Durch bloßes Bücherstudium erwirbt man sich nicht die nöthige Kenntniß. Der Aufenthalt eines tüchtigen deutschen gebildeten und vorurtheilsfreien Gefängnißdirectors in den ausländischen Besserungsanstalten, seine ununterbrochene Beobachtung, seine Vergleichung der neuen Einrichtungen mit seinen gemachten Erfahrungen

Digitized by Google

würde dem einheimischen Gesetzgeber Materialien liefern, ohne deren Besitz die Vorschriften der neuen Gesetzgebungen über das Maaß der Freiheitsstrafe aller Grundlage entbehren [10]). Der Bernische Entwurf hat keine lebenslängliche Freiheitsstrafen mehr aufgenommen. Dieser Vorschlag hat gewichtige Gründe für sich [11]), allein für die Beibehaltung dieser Strafart dürften doch die Rücksichten sprechen, daß es Verbrecher giebt, deren Verschuldung so groß ist, das sie an die des todeswürdigen Verbrechens gränzt, daß auch, je mehr man die Todesstrafe zu verbannen sucht, desto mehr eine Strafart Bedürfniß ist, welche als Surrogat der Todesstrafe angewendet werden kann. Nur fordern wir [12]), 1) daß diese Strafe im Gesetze nie absolut gedroht, sondern ihre Anwendung dem Ermessen des Richters überlassen werde, z. B. durch die Drohung: Zuchthaus auf Lebenszeit oder zeitliches Zuchthaus nicht unter 10 Jahren; 2) daß der bürgerliche Tod nicht damit verbunden, 3) daß auch dem auf Lebenszeit Verurtheilten die Aussicht gelassen werde, nach Ablauf einer gewissen Zeit durch Begnadigung in die bürgerliche Gesellschaft zurückzukehren. — Die körperliche Züchtigung ist in den drei Entwürfen als selbstständige Strafe nicht mehr gedroht, nach dem Hessischen Entwurf (§. 21.) kann sie nur gegen ausländische Vaganten und Bettler an die Stelle der Gefängnißstrafe, nach dem Thurgauischen Entwurf (§. 15.) nur als Schärfung des Zuchthauses, Arbeits-

10) Eine geistvolle Erörterung, wie das jetzige Strafsystem nach dem Pönitentiarsystem in einem praktischen Sinne umgestaltet werden könnte, s. von einem franz. Praktiker (Generaladvocaten Flandin) in der Zeitschrift: le Droit, Nr. 272. vom 14ten Nov. 1839.

11) S. über die Verhandlungen in der Würtemberg. Kammer Hepp Commentar I. S. 147.

12) S. meine Abhandlung in der Revue de législation. Paris 1836. Vol. IV. p. 21. 96. 270.

Digitized by Google

hauses oder Gefängnisses, wenn damit zugleich Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte verbunden ist, und nach dem Bernischen Entwurf (§. 34.) statt der verwirkten 6 Monate nicht übersteigenden Gefängnißstrafe bei ausländischen Vaganten und gegen männliche Verbrecher unter 16 Jahren eintreten. Wir wollen hier nicht die oft von uns in diesem Archive angegebenen Gründe gegen diese Strafart angeben. Neuere Erkundigungen bei erfahrnen Männern (Gefängnißdirectoren und Aerzten) überzeugen uns, daß die Strafart auf keine Weise Billigung verdient, und am wenigsten sollte man sie gegen junge Leute erkennen lassen. Will man diese Strafe anwenden, so kann man sie, wie ein Praktiker [13]) sagt, nur bei solchen Verbrechern anwenden, bei welchen man ein gänzliches Erloschenseyn alles Ehrgefühls und nur noch Empfindlichkeit gegen körperlichen Schmerz annehmen kann. Wer mag behaupten, daß dies bei jungen Leuten unter 16 Jahren der Fall ist? Die Schweizer Entwürfe (Bernischer §. 22 — 26, Thurgauischer §. 8—10.) drohen noch die Strafe der Verweisung (entweder aus der Schweiz oder aus dem Kanton, oder aus einem Amtsbezirk). Diese Strafe ist allerdings eine wohlfeile, die dem Staat nichts kostet; auch ist es begreiflich, wie ein Staat den Ausländer aus dem Staatsgebiet verweisen kann; allein die Rechtfertigung der Verweisung des Schweizers aus dem Kanton dürfte doch bedenklich seyn; es ist traurig, wenn unter den Schweizerkantonen ein so loses Band besteht, daß der Nichtkantonsbürger als Fremder erscheint? Vorzüglich möchten wir darauf aufmerksam machen, daß hier eine Strafe gedroht wird, die doch nichts nützt und zu neuen Verbrechen führt, weil bei der Lebhaftigkeit des Verkehrs, bei so vielen verwandtschaftlichen Beziehungen

13) Schüler Beitr. zur Beurtheilung des sächs. Criminalgesetzbuchs S. 23.

Digitized by Google

vorherzusehen ist, daß der Verwiesene doch wieder den Kanton, aus dem er verwiesen ist, betreten wird. —

II. Eine besondere Aufmerksamkeit verdient das System, nach welchem der Ehrenverlust als Folge gewisser Verbrechen oder Strafarten gedroht wird. Daß auch hier die Gesetzgebungskunst noch nicht von den Vorurtheilen der Vorzeit sich losmachen konnte, während sie selbst erkennt, daß das bisherige System nichts taugt, ist leicht zu beweisen. Der Hessische Entwurf (§. 22.) läßt bei der Zuchthausstrafe, die 1 Jahr oder länger dauert, als gesetzliche Folge eintreten: 1) Verlust des Rechts, Mitglied der Geschwornen zu seyn oder zu werden; 2) Verlust der Hof-, Staats-, Gemeinde- oder sonstigen öffentlichen Aemter und Unfähigkeit zu solchen; 3) Verlust der Orden, Ehrenzeichen, Titel; 4) Unfähigkeit, an Wahlen in politischen Gemeinde- oder kirchlichen Angelegenheiten Theil zu nehmen, Vormund zu seyn ꝛc. — Verurtheilung zum Zuchthaus auf weniger als 1 Jahr soll die unter 1. 2. 3. aufgezählten Nachtheile nach sich ziehen. Die Verurtheilung zum Correctionshaus auf 1 Jahr oder länger zieht die unter 1. u. 2. und das Correctionshaus auf weniger als ein Jahr die Nr. 1. bemerkten Nachtheile nach sich. — Nach dem Bernischen Entwurf (§. 9.) zieht die Verurtheilung in das Schellenwerk den Verlust der bürgerlichen Ehrenfähigkeit nach sich, nämlich Ausschließung und Unfähigkeit von der Ausübung aller durch die Verfassung dem Kantonsbürger zugesicherten politischen Rechte, die Versagung des Zutritts zu allen Wahl- und Gemeindeversammlungen, Unfähigkeit einer öffentlichen Staats- oder Gemeindestelle und Ausschließung vom vollgültigen Zeugniß. — Auch der zum Zuchthaus Verurtheilte soll (nach §. 12.) die nämlichen Folgen leiden, doch kann ein Solcher 5 Jahre nach ausgestandener Freiheitsstrafe um Wiedereinsetzung in die bürgerliche Ehrenfähigkeit sich bei dem Gerichte bewerben, das dem

Digitized by Google

Gesuche entsprechen kann. Der Thungauische Entwurf (§. 17.) läßt durch die Zuchthausstrafe bei dem Verurtheilten kraft Gesetzes den lebenslänglichen Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte eintreten, so daß nach §. 11. der Verurtheilte von allen politischen Rechten ausgeschlossen, zur Bekleidung einer öffentlichen Stelle, zur Vormundschaft, zur Zeugnißablegung, zum Auftreten als Sachverständiger, zur Leistung eines Eides für unfähig erklärt wird. Das Gericht hat aber das Recht, in besondern Fällen durch das Urtheil die Folge der Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte so zu beschränken, daß dem Verurtheilten wenigstens noch während 5 Jahren die Ehrenrechte entzogen bleiben. Die Feststellung eines richtigen Systems über den Ehrenverlust als Folge von Verbrechen ist von höchster Wichtigkeit. Davon hängt die Organisation der Strafanstalten ab, indem man sich daran gewöhnte, Anstalten, worin entehrende Strafen verbüßt werden, von andern zu trennen, in denen die erlittene Strafe nicht entehrt. Noch einflußreicher wird das System auf die Wirksamkeit der Strafe, weil nach der Erfahrung dies Aussprechen der ewigen Brandmarkung ebenso der Belebung edlerer Gefühle in der Seele des Sträflings, als dem Fortkommen des Entlassenen entgegenwirkt, vielmehr erweislich nicht selten den Entlassenen zu neuen Verbrechen veranlaßt, da er sich doch überall zurückgestoßen sieht und daher sich bald wieder an die alten Verbrechensgenossen anschließt. Die Einführung des Besserungssystems fordert noch dringender die Umgestaltung des bisherigen Systems, das unter ganz anderen Voraussetzungen ohnehin von Juristen ausgebildet wurde, welche keine klare Vorstellung von Ehrlosigkeit hatten und römisches und deutsches Recht oft unverständig anwendeten. Der Gesetzgeber kann nachfolgende Systeme zum Grunde liegen: 1) entweder dasjenige, nach welchem das Gesetz bestimmt

Digitized by Google

angiebt, bei welchen Verbrechen der Ehrenverlust eintreten soll; oder z. B. nach dem Norwegischen Entw. II. das, nach welchem dem Richter überlassen wird, ein Urtheil auszusprechen, ob Ehrenverlust eintritt, und zwar A) so, daß es vom Richter abhängt, ohne Rücksicht auf die Strafart, welche er erkennt, den Ehrenverlust auszusprechen; oder B) so, daß das Gesetz an gewisse Strafarten, z. B. Zuchthaus, den Ehrenverlust knüpft, und dieser Verlust sobald als gesetzlich eintretende Folge die im Gesetz gedrohte Strafart in einem einzelnen Falle erkannt wird, auch der Ehrenverlust als sich von selbst verstehend eintritt; oder C) daß das Gesetz dem Richter die Befugniß giebt, von gewissen Ehrenfolgen durch das Urtheil im einzelnen Falle zu dispensiren, ungeachtet der Verbrecher zu einer Strafe verurtheilt wird, welche nach dem Gesetze entehrend ist — dies ist das System des Badischen Entwurfs; oder *D)* daß das Gesetz zweierlei Freiheitsstrafen aufstellt, nämlich 1) entehrende für Bestrafung von Verbrechen, die selbst mit sehr kurzen Freiheitsstrafen bestraft werden, z. B. Zuchthausstrafe für einen Abschnitt von einem Vierteljahr, und Verbrechen, die ihrer Natur nach infamirend sind, auch in ihren geringeren Graden mit einer entehrenden Strafe zu treffen; 2) eine nicht entehrende, selbst bis auf Lebenszeit gehende Freiheitsstrafe für Verbrechen, die zwar langdauernde Freiheitsstrafen nach sich ziehen müssen, aber an sich nicht entehrend sind — dies ist der Vorschlag eines neuen, sehr achtungswürdigen Schriftstellers [14]). Der Gesetzgeber kann aussprechen, daß die Ehrenfähigkeit nur so lange jemand in der Strafanstalt ist, suspendirt werde, aber bei dem Austreten aus der Anstalt wieder zu erlangen sey, mit Ausnahme gewisser Rechte, nämlich der Stimm- und Wahl-

14) Schüler Beiträge zur Beurtheilung des sächsischen Crim. Gesetzbuchs S. 17—22.

Digitized by Google

rechte, welche nur auf eine gewisse Zeit eingestellt werden, wenn nicht Rehabilitation erfolgt — dies ist das System des neuen St. Gallenschen Gesetzes [15]).

Prüft man diese verschiedenen Systeme, so ist die Durchführung des ersten nicht möglich, weil es zu viele Verbrechen giebt, bei welchen nach der Verschiedenheit der Motive, aus welchen sie verübt werden, ein entehrender Charakter angenommen oder geläugnet werden muß. Mit Aufstellung von Graden ist hier nicht geholfen; denn diese Gradation wird häufig nach der Größe des Erfolgs gemacht, der aber auf die Abwägung der Schändlichkeit des Verbrechens keinen nothwendigen Einfluß hat. Der Gesetzgeber kann vorher aus dem Titel des Verbrechens nicht erkennen, ob es ein entehrendes Verbrechen seyn soll oder nicht. Die Tödtung eines Einwilligenden kann unter Umständen entehrend seyn, während in den meisten andern Fällen der Verbrecher nach der Meinung des Volkes nicht als entehrt erscheint. Das Nämliche tritt bei Kindesabtreibung, bei Wilddiebstahl, bei Unterschlagung eines Schatzes, bei Fälschung z. B. eines Passes, selbst bei politischen Verbrechen ein. — Besser ist darnach wohl das zweite unter A. angeführte System, weil der Richter, der die ganze Individualität des Falles kennt, am besten prüfen kann, ob das Verbrechen, wie es im einzelnen Falle vorliegt, einen entehrenden Charakter an sich trägt. Der Einwendung, daß dadurch dem Richter eine zu große politische Gewalt beigelegt würde, indem er dem Staate leicht Menschen, die nicht des Vertrauens würdig sind, doch als Beamte aufdringen könnte, wird vorgebeugt, wenn das Gesetz in Bezug auf gewisse Verhältnisse, z. B. in Bezug auf Staatsdienst, dem Urtheile des Gerichts die Frage: ob jemand dieses Verhältnisses würdig bleibt, entzieht, oder

15) S. dies Archiv 1839. S. 191. 196.

Digitized by Google

durch das Gesetz vorher ausspricht, daß mit einer Strafe, die so lange (das Gesetz muß nach sorgfältiger Erwägung hier ein Maaß aufstellen) dauert, das Recht der Regierung eintritt, Dienstentlassung auszusprechen. Auch können noch andere (unten zu besprechende) Vorschriften vorkommen, durch welche das Gesetz die ihm gefährlich scheinende Richterwillkür einschränkte. Am wenigsten ist je das unter B. angegebene System zu empfehlen, wenn es in dem in unsern Gesetzbüchern vorkommenden Sinne aufgefaßt wird, wo dann, sobald eine Freiheitsstrafe über eine gewisse Zeit dauert, sie in einer als entehrend geltenden Strafanstalt abzubüßen ist. Dadurch wird die Gerechtigkeit oft eben so von der öffentlichen Meinung verletzt. Es giebt nämlich Verbrechen, die zwar mit mehrjährigen Freiheitsstrafen bestraft werden müssen, z. B. Tödtung im Duell, Todtschlag, die aber nicht als entehrend gelten, während dagegen Andere mit kürzeren Freiheitsstrafen bedroht werden, aber doch als entehrend angesehen werden, z. B. Diebstahl. Ohnehin werden die Strafarten nach den Graden des Verbrechens gedroht, z. B. wer Jemanden verwundet, so daß dieser 4 Wochen unbrauchbar zu seinen Arbeiten wird, leidet in Baiern die Arbeitshausstrafe, und verliert seine bevorzugte Ehre, während bei einem geringeren Erfolg nur Gefängniß (also nicht entehrende) Strafe eintritt. Es kann nicht fehlen, daß auf diese Art das Strafurtheil oft mit der öffentlichen Meinung in Widerspruch kommt. — Gegen das unter C. oben angeführte System (des Badischen Entwurfs) läßt sich einwenden, daß dadurch in der nämlichen Anstalt zu verschiedenartige Verbrecher zusammenkommen, daß daher das Volk irre wird, wenn es im Zuchthause Sträflinge, welche Ehrenverlust leiden, und andere erblickt, bei denen das Gericht diese Folgen nachgelassen hat, und ebenso im Arbeitshause Verbrecher, die regelmäßig keine Ehrenfolgen lei-

Digitized by Google

den, mit anderen vermischt sieht, die nach dem Strafurtheil von dem Ehrenverluste betroffen werden. — Besser scheint darnach das unter D. oben vorgeschlagene System, weil hier die Vermischung solcher, die entehrende Verbrechen verübten, mit anderen Sträflingen vermieden wird, und schon aus der Art der Strafanstalt erhellt, ob Verbrecher, die der Ehrenverlust trifft, oder andere darin bewahrt werden; allein dennoch scheinen gegen dies System sich Bedenklichkeiten zu erheben, denn der Gesetzgeber wird dadurch genöthigt, entweder vielerlei Anstalten einzurichten, und zwar 2 für nicht entehrende Verbrechen, nämlich eine für kurze Freiheitsstrafen, die andere für lange dauernde, insbesondere auch auf Lebenszeit erkannte, und eben so wieder 2 Anstalten für Verbrecher, die entehrende Verbrechen verübten; oder er muß nur zwei Strafanstalten, eine für entehrende Verbrechen, die andere für nicht entehrende anordnen. Ueberall sind Inconvenienzen. Der erste Weg ist zu kostspielig, der zweite dagegen erzeugt Verlegenheiten wegen der Disciplin, indem die auf kurze Zeit Eingesperrten doch nicht gleich behandelt werden können mit den für lange Zeit Verurtheilten. Die Anwendung des Pönitentiarsystems erzeugte wenigstens hier große Schwierigkeiten. Das System des Hessischen Entwurfes scheint unpassend, weil die Zuchthausstrafe auf eine zu niedrige Strafzeit (3 Monate) herabgesetzt ist. Nach dem Entwurfe befanden sich in dem Zuchthause doch Personen, die verschiedene Ehrenfolgen treffen, und ebenso im Correctionshause, welches eigentlich nicht entehrende Anstalt sein soll, kommen doch wieder Einige vor, welche von empfindlichen Ehrenfolgen betroffen werden. Alles soll nämlich darauf ankommen, ob Jemand unter oder über ein Jahr verurtheilt ist. Dieser Umstand aber, daß das Strafurtheil 1 Jahr oder mehr ausspricht, sollte nicht über das Eintreten die Ehrenfolgen ent-

Digitized by Google

scheiden. — Man weiß wie es in den Gerichtshöfen mit der Ausmessung der in den relativ unbestimmten Strafzweigen gedrohten Strafen geht. Die verschiedenartigsten Abstimmungen kommen vor; man zählt, und eine Stimme ist es, die zuletzt den Ausschlag giebt, ob 1 Jahr oder 2 Jahre erkannt werden. Auch wird die Ausmessung der Strafe durch die im einzelnen Falle vorhandenen Minderungs und Erhöhungsgründe bestimmt. Es können nun im einzelnen Falle mehrere Erhöhungsgründe vorhanden seyn, z. B. daß der Thäter schon früher wegen eines Vergehens bestraft war, daß er Andere zu verleiten suchte, daß er die That mit großer Dreistigkeit ausführte, so daß der Richter genöthigt ist, die Strafe über 1 Jahr auszumessen, während bei dem Mangel dieser Erhöhungsgründe oder bei dem Daseyn von Minderungsgründen die Strafe unter 1 Jahr auszumessen wäre. Wie kann man von dieser durch zufällige Umstände bestimmten Zahl (ob über oder unter 1 Jahr die Strafe beträgt) die wichtige Folge des Ehrenverlustes abhängen lassen? —

Am richtigsten wird der Gesetzgeber bei der Entscheidung über die Frage: ob und wie weit den Verbrecher auch nach erlittener Strafe Ehrenfolgen treffen sollen, davon ausgehen, daß da, wo die Strafanstalten auf ein verständig und consequent durchgeführtes Besserungssystem gebaut sind, angenommen werden muß, daß der, welcher seine Verbrechen büßte und jenem strengen Systeme unterworfen war, in die bürgerliche Gesellschaft gebessert tritt, und daß bei seinem Eintreten kein Hinderniß der Ausführung seines Vorsatzes, gebessert handeln zu wollen, entgegentreten darf. Der Gesetzgeber erwägt aber, daß die Ehrenfolgen, welche den Entlassenen noch treffen, leicht Hindernisse werden können, indem der durch den Ehrenverlust Gebrandmarkte sich überall zurückgestoßen sieht, und um so leichter, da die ehrliche Gesellschaft ihn ausstößt,

Digitized by Google

der schlechten Gesellschaft sich anschließt. Der Staat muß nun bei den Ehrenfolgen die verschiedenen Arten unterscheiden, und zwar 1) solche, welche Rechte betreffen, die ihm zu seinem Fortkommen und zum ehrlichen Erwerbe nothwendig sind, z. B. die auf das Vermögen und die Verfolgung seiner Rechte nothwendigen Befugnisse; 2) solche, die mit Verhältnissen zusammenhängen, bei denen das höchste öffentliche Interesse besteht, daß der, welcher schwere Verbrechen verübte, nicht Befugnisse ausübe, zu welchen das allgemeine Vertrauen nothwendig ist, ohne welches selbst die nöthige Wirksamkeit mangelt, z. B. Anspruch auf Staatsdienst; 3) solche, die auf politische Befugnisse sich beziehen, die mit Stimm- und Wahlrechten zusammenhängen; 4) solche, die in Verbindung mit gewissen Ehrenauszeichnungen stehen, z. B. Orden, Titel; 5) solche, die mit Rechten zusammenhängen, bei deren Ausübung das Ermessen des Richters entscheidet, wie weit er auf die von einer wegen Verbrechen bestraften Person ausgegangene Handlung Werth legen will. Die Folgen der ersten Art sollten nie den wegen Verbrechen Bestraften treffen, es sollte daher nie Jemanden wegen seines Verbrechens sein bisheriger Stand, z. B. Bürgerstand, Adelstand [16]), entzogen werden, weil er sonst der Mittel beraubt wird, die zu seiner gesicherten Existenz gehören. Mag man dem Bürger die politischen und Ehrenbürgerrechte entziehen, den Stand selbst mit den daran geknüpften privatrechtlichen Befugnissen, z. B. Recht der Allmendnutzung, darf man nicht rauben. Bei den Folgen der zweiten Art rechtfertigt sich am ersten eine gesetzliche Verfügung, welche bei dem Staatsdiener die Verübung

16) Man erinnert sich, welche Discussionen diese Frage in der sächsischen und würtembergischen Kammer veranlaßt. Der Badische Entwurf art. 17. hat vielleicht am besten unterschieden.

Digitized by Google

gewisser Verbrechen als Grund der Entlassung aus dem Staatsdienste und der Unfähigkeit dazu erklärt, bis nicht Rehabilitation eingetreten ist. Hier mag es bedenklich scheinen, dem Richter eine unmittelbare Gewalt der Entscheidung darüber einzuräumen, ob der Bestrafte im Staatsdienste behalten werden muß. Bei den Folgen der dritten Art entscheidet die Rücksicht, daß da, wo es auf Wahlen ankommt, die Wählenden die besten Richter sind, ob sie dem, welcher zwar Verbrechen verübte, dennoch Vertrauen schenken und ihn wählen wollen. Der gesunde Sinn des Volkes wird hier entscheiden, und der Bestrafte darf, wenn er doch gewählt wird, als rehabilitirt durch die öffentliche Meinung angesehen werden. Es ist daher kein Grund, dem Bestraften das Recht gewählt zu werden zu entziehen. In Bezug auf das Recht zu wählen fällt zwar der eben angeführte Grund weg, allein auch hier möchte die Rücksicht entscheiden, daß kein dringendes öffentliches Interesse vorliegt, den Bestraften von dem Stimmrechte auszuschließen, weil seine einzelne Stimme, wenn er sie einem Unwürdigen giebt, doch wirkungslos ist, da aber, wo er sie demjenigen giebt, der auch von Andern die meisten Stimmen hat, die Vermuthung eintritt, daß er sie dem Würdigen gegeben habe. — Der Verfasser dieses Aufsatzes verkennt nicht die Gegengründe, er weiß wie man auf die Gefahr von Parteiungen sich beruft, an denen eben der Bestrafte großen Antheil nimmt. Hier mag die Gesetzgebung abwägen, ob sie diese Gründe für die wichtigsten hält, und mag dann den Ausweg wählen, nur auf eine Zeit, z. B. auf 5 Jahre nach überstandener Strafe, die Stimm- und Wahlrechte zu entziehen, so daß der, welcher in diesen 5 Jahren sich tadellos betragen hat, in den Genuß der Rechte tritt. Die Folgen der vierten Art können am leichtesten ausgesprochen werden, in sofern der Staat nur dem, der fleckenlos sich be-

Digitized by Google

trug, das Recht der Ehrenzeichen und Orden zuerkennen will; eben diese Folgen sind es aber auch, bei denen das öffentliche Interesse am wenigsten gebieterisch ihre Entziehung fordert. Es ist sehr gleichgültig, ob Jemand, der im Zuchthause war und vorher wegen seiner Verdienste einen Orden sich erwarb, diesen in der Folge noch trägt oder nicht. Die Folgen der fünften Art sollten nie eintreten; es ist daher nie zu billigen, wenn man dem wegen Verbrechen Bestraften die Zeugnißfähigkeit entzieht. Man schadet dadurch eben so dem Staate, der sich des Mittels Wahrheit zu entdecken beraubt, als man die Rechte dritter Personen kränken kann, welche auf denjenigen, der wegen Verbrechen zwar bestraft war, der aber durch sein Betragen wieder allgemeines Vertrauen sich erwarb, als Zeugen sich berufen [17]). Ueberlasse man es dem Richter, im einzelnen Falle nach Erwägung aller Umstände zu entscheiden, ob dem Zeugen getraut werden soll [18]).

Alles kommt nun auf die Vorfrage an: ob der Gesetzgeber das bisherige System, daß der Bestrafte Ehrenfolgen leide, mit Ausnahme der unter 2. bezeichneten Folgen aufgeben oder beibehalten will. Thut er das Erste, so bedarf es keiner Absonderung der Strafanstalten, ob die darin erlittene Strafe entehrt oder nicht, und es sind dann nur nach unseren obigen Andeutungen zwei Strafanstalten nothwendig: 1) eine für kürzere Strafen — (z. B. bis 1 oder 2 Jahre); 2) die andere für längere Strafen, wo das Pönitentiarsystem die Grundlage bildet. — Behält dagegen der Gesetzgeber das Sy-

17) Meinen Aufsatz in Zurhein's Jahrb. des bürgerlichen Prozesses 1. Bd. S. 204.

18) Richtig giebt die Oldenburg. Novelle v. 11. October 1821 zu Art. 763. dem Richter das Recht zu entscheiden und schließt den wegen Verbrechen Bestraften nicht vom Zeugnisse aus. S. auch Würtemb. Gesetz ü. d. privatrechtlichen Folgen v. 9. Sept. 1839. Art. 4.

Digitized by Google

stem bei, daß gewisse Ehrenfolgen (sei es auch nur auf bestimmte Zeit, z. B. in Bezug auf Stimm- und Wahlrecht) den Bestraften treffen sollen, so muß dafür gesorgt werden, daß in einer Strafanstalt, in welcher entehrende Verbrechen abgebüßt werden, kein Sträfling bewahrt werde, welcher wegen nicht entehrender Handlungen bestraft worden soll, und eben so in der nicht entehrenden Strafanstalt keiner, dem man dennoch die Ehrenfolgen vorbehalten will. Um diesen Uebelstand zu vermeiden, sollte man zweierlei Strafanstalten, eine für entehrende, die andere für nicht entehrende Verbrechen einrichten; allein neue Schwierigkeiten ergeben sich dann wegen der Gefängnißdisciplin. In die nämliche Anstalt müßten dann Sträflinge, die auf kurze Zeit verurtheilt sind, aber wegen entehrender Verbrechen, z. B. Diebe, Betrüger, mit anderen zu langen Freiheitsstrafen Verurtheilten gebracht, und ebenso in der andern Anstalt diejenigen, welche nicht entehrende mit kurzen Freiheitsstrafen bedrohte Verbrechen verübten, z. B. Injurien, Widersetzung ꝛc., mit anderen Verbrechern bewahrt werden, die keine entehrenden Verbrechen verübten, aber doch zur mehrjährigen Freiheitsstrafe verurtheilt sind, z. B. wegen politischer Verbrechen, wegen Duells ꝛc. — Darf man glauben, daß für diese höchst verschiedenartigen Sträflinge eine gleiche Behandlung möglich wird? Man müßte daher, wie wir schon oben andeuteten, entweder 4 Strafanstalten — zwei für entehrende, zwei für nicht entehrende Verbrechen — einrichten, oder in jeder der zwei Anstalten zwei Abtheilungen, eine für kürzere — die andere für länger dauernde Freiheitsstrafen einrichten. Die Rücksichten, welche hier entscheiden müssen, sollen in dem Aufsatze über die Durchführung des Pönitentiarsystems entwickelt werden. —

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)

Digitized by Google

XXVII.

Beiträge zur Lehre vom s. g. zusammengesetzten Beweise,

mit besonderer Berücksichtigung

des Reichs-Abschieds v. 1594,

als Nachtrag zu dem Abegg'schen Aufsatze.

Von

Herrn Dr. Müller,

ordentlichem Professor des Rechts zu Gießen.

§. 1.

Es hat jüngst Herr Dr. Abegg bei Gelegenheit seiner „Bemerkungen über den zusammengesetzten „Beweis mit Rücksicht auf den R. Absch. v. „1594[1]), erklärt: daß ich ihm Veranlassung gegeben, „meine so vielfach behandelte Streitfrage nach einer bestimmten Seite hin wieder aufzunehmen. Ich sey nämlich (nach meinem Lehrbuche des teutsch. gem. Criminalprozesses §. 160. S. 385.) bezüglich des s. g. zusammengesetzten Beweises im Wesentlichen der, von ihm und „anderen Vorgängern ausgeführten, Ansicht; aber ich „schiene dieselbe nicht mit gehöriger Consequenz aufzustellen, „und habe bei dieser Gelegenheit gegen Martin und „ihn das angebliche Uebersehen einer Gesetzesstelle, als

1) S. dieses Archiv, Jahrgang 1838. Stück 4. S. 526.

Digitized by Google

„vermuthliche Ursache theilweiser Abweichung auszuspre-
„chen."

Diese Erklärung enthält den, gegen mich gerichteten, doppelten Vorwurf, nämlich 1) daß ich mir bei Darstellung der Lehre vom zusammengesetzten Beweise eine Inconsequenz habe zu Schulden kommen lassen, und 2) daß ich ungegründeter Weise ihm und dem Hrn. Geh. Justizrathe Martin das Uebersehen einer Gesetzesstelle zur Last gelegt habe.

Ich kann jedoch diesen Vorwurf weder in der einen, noch in der andern Hinsicht als begründet betrachten, und glaube darthun zu können, daß die fragliche Inconsequenz nicht mich, sondern gerade den Herrn Dr. Abegg trifft. Es mag mir daher auch vergönnt seyn, mich gegen diesen öffentlichen Angriff zu rechtfertigen.

§. 2.

Der Herr G. J. R. Martin stellte in seinem Lehrbuche des teutsch. gem. Criminalprozesses (3te Aufl.) §. 93, unter Berufung auf den Art. 22. der P. G. O., den Lehrsatz auf: „Die Harmonie mehrerer einzeln an
„und für sich sämmtlich unzureichender Kenntnißquel-
„len kann nie einen vollständigen Criminalbeweis bilden."
Ganz übereinstimmend hiermit erklärte Herr Dr. Abegg in seinem neueren Lehrbuche des gem. Criminalprozesses (Königsberg 1833) §. 142: „Durch Combination meh-
„rerer, für sich und einzeln unzureichender, Kenntnißquel-
„len wird zwar deren Werth überhaupt erhöht, aber
„niemals kann ein vollständiger Beweis, wie er zur
„Verurtheilung erfordert wird, daraus entstehen."
Dagegen sprach ich mich in meinem Lehrbuche des teutsch. gem. Criminalprozesses (Braunschweig 1837) §. 160. so aus: „Strenge genommen wird der erkennende Crimi-
„nalrichter wenigstens der Regel nach aus der

Ueber-

Digitized by Google

„Uebereinstimmung mehrerer ungleichartiger, ein„zeln und für sich nur Wahrscheinlichkeit begründender, „Beweismittel keine criminalrechtliche Gewißheit der „Schuld ableiten können."

An dieser Darstellungsweise glaubte nun Herr Dr. Abegg mancherlei tadeln zu müssen. Vor Allem waren ihm die Worte: „Strenge genommen" sehr anstößig. Er bemerkt diesfalls Folgendes: „Diese Worte „könnten eine wahrhafte Bedeutung, der zu Folge sie „nicht ganz überflüssig stehen würden, nur in so fern „haben, als man einen Gegensatz „jener strengen „Anforderung" annehmen dürfe. Einen solchen auf„zustellen berechtige aber das gesetzlich ausgesprochene ge„meine Recht uns nicht, und „daß ich dieses zugebe, „liege wohl eben in meiner Weise der Darstel„lung." Von einem Gegensatze der Meinungen, „wie ich solchen z. B. in der Note 7. erwähne, sey „wohl im Texte nicht die Rede. Auch verstehe „es sich wohl von selbst, daß man die Sache d. h. „die Auslegung und Anwendung der Gesetze „strenge nehmen müsse. Wenn diese bestimmten, „daß combinirte Wahrscheinlichkeitsgründe nicht die, zur „Aussprechung der Schuld und eines Strafurtheils „nisses erforderliche, Gewißheit gewähren; so sey es auch „nicht gestattet, Ausnahmen von solcher angeblichen „Strenge zu machen. Ausnahmen der s. g. Billigkeit „gegen eigentliche Strenge hätten höheren Rechtfertigungsgrund. Hier würde, im Gegentheile, eine Unbilligkeit (iniquitas juris) hervortreten, wenn man „die entgegengesetzte Behauptung einer leichten Möglich„keit, jemand als schuldig zu betrachten, und zu bestra„fen, geltend machen wollte." [2])

---

2) S. dieses Archiv, Jahrg. 1838. Stück 4. S. 527 u. 528.

Digitized by Google

Ich gestehe offen, daß ich, bei Erwägung dieser Sätze und nach wiederholter gewissenhafter Prüfung meiner Ausdrucksweise, zweifelhaft blieb, ob ich nicht diesen ganzen Einwand des Herrn Dr. Abegg für einen gesuchten halten sollte? Denn der richtige Sinn des in Frage stehenden Satzes liegt so nahe, daß ihn jeder Unbefangene beim ersten Durchlesen erfassen kann. Glaubte jedoch Herr Dr. Abegg den Sinn nur erst mittelst strenger Anwendung der Interpretationsregeln gewinnen zu können; so hatte er allerdings sehr Recht, wenn er von der Voraussetzung ausging, daß ich die Worte: „strenge genommen" nicht umsonst angeführt, vielmehr denselben eine „wahrhafte" Bedeutung beigelegt habe, und daß sich diese letztere aus dem Gegensatze erkennen lasse. Allein gerade in der Auffindung dieses Gegensatzes selbst, irrte sich Herr Dr. Abegg wesentlich, indem er die Worte: „strenge genommen" mit „strenger Anforderung" übersetzte, und daher die Billigkeit als Gegensatz betrachtete, während ich unter jenen Worten (wie es schon der ganze Zusammenhang und die Natur der Sache mit sich brachte) nur die strenge Interpretation begriffen, und folglich die nicht strenge (willkührliche) Auslegung des allegirten Art. 22. P. G. O. als Gegensatz angesehen habe. Erwägt man nun, daß ich sogar unmittelbar hinter den Worten: „strenge genommen" die Note 7. eingeschaltet, und in dieser bemerkt habe: „daß die Ansichten der Juristen freilich hierüber (d. h. hinsichtlich der Interpretation des Art. 22. der P. G. O.) sehr getheilt seyen, und Einige zu diesem, Andere zu jenem (im Lehrbuche angeführten) Resultate kämen; so war der Sinn des Ganzen folgender: Nehme man die gesetzliche Vorschrift strenge, d. h. interpretire man den Art. 22. der P. G. O. in Verbindung mit §. 69. des R. Absch. v. 1594 so stricte, wie

Digitized by Google

es seyn solle, und weiche man hiervon nicht mit vielen Juristen willkührlich ab, die eben darum zu verschiedenen Resultaten gelangten; so könne man nur sagen, daß man wenigstens der Regel nach aus der Uebereinstimmung mehrerer ungleichartiger, einzeln und für sich nur Wahrscheinlichkeit begründender, Beweismittel keine criminalrechtliche Gewißheit ableiten könne. Es verstand sich nun allerdings schon die strenge Auslegung der Gesetze von selbst, wie Herr Dr. Abegg bemerkte. Eben darum brauchte ich auch nicht erst die Nothwendigkeit derselben zu beweisen, sondern es reichte hin, daran zu erinnern. Diese Erinnerung war aber nicht überflüssig, sondern, wenigstens meiner Ansicht nach nothwendig, um dadurch den Grund anzudeuten, warum ich keinen der entgegengesetzten, in der Note 7. angegebenen Meinungen beipflichten konnte. Was berechtigte nun aber — so darf ich jetzt wohl billig fragen — den Herrn Dr. Abegg, eine der ersten hermeneutischen Regeln hintanzusetzen, nach welcher kein Wort aus seinem Zusammenhange zu reißen, sondern ein jedes in seiner Verbindung aufzufassen ist, in welcher es gebraucht wurde? Wie gelangte er zu der Behauptung, daß von dem Gegensatze der Meinungen, wie er in der Note 7. erwähnt worden, im Texte wohl keine Rede sey, sondern vielmehr die Billigkeit den Gegensatz bilde, während er doch selbst einräumte, daß schon in der Weise meiner Darstellung angedeutet sey, daß sich nach gemeinem Rechte keine Ausnahme der Billigkeit statuiren lasse? Wie konnte ferner Herr Dr. Abegg, nach dieser Aeußerung, gleichwohl dem Verfasser noch zutrauen, daß er des höchst palpablen Satzes nicht eingedenk gewesen seyn sollte, daß nämlich da, wo das Gesetz keine Ausnahme mache, auch der Richter keine solche sich erlauben

Digitized by Google

dürfe, und daß eine solche Ausnahme von den strengen Anforderungen des Beweises der Schuld, keine Billigkeit, sondern eine Unbilligkeit gegen den Angeschuldigten involviren würde? — Doch! das Gesagte möge genügen zum Beweise, daß hier blos ein — gleichviel ob gewolltes oder nicht gewolltes — Mißverständniß vorliege, eigentlich aber kein Streit über die Sache selbst bestehe. Ich gehe daher zur Widerlegung eines ferneren Einwandes über.

§. 8.

In meinem Lehrbuche §. 160. Note 8. bemerkte ich nämlich, daß Herr G. J. R. Martin und Herr Dr. Abegg den §. 69. des R. Absch. v. 1594 übersehen zu haben schienen bei Aufstellung des Satzes: „daß die „Harmonie mehrerer, einzeln und für sich unzureichender, Kenntnißquellen nie einen vollständigen Criminalbeweis bilden könne." Denn solches lasse sich nur als Regel behaupten, welche indessen nach dem oben erwähnten §. 69. eine Ausnahme erleiden könne[3]).

Dagegen wendet Herr Dr. Abegg ein: „daß „diese letztere Gesetzesstelle keineswegs von ihnen „übersehen, vielmehr an anderen Orten bei Gelegenheit „wohl gewürdigt, und nur darum bei Erörterung der „Lehre vom zusammengesetzten Beweise nicht erwähnt worden, weil der §. 69. gar nicht hierbei „zu gebrauchen sey, gar nicht hierher gehöre,

3) Von einer weiteren Ausnahme, welche bekanntlich Juristen noch mit Rücksicht auf den Art. 147. der P. G. O. aufstellen (s. mein Lehrbuch des Cr. Pr. §. 128. Note 8. u. Henke Handbuch des Criminalrechtes Bd. IV. §. 89. S. 594., ferner Zachariä Grundlinien des gem. teutschen Criminalprozesses §. 204. S. 251 u. 252. Nr. 1.), ist hier noch nicht einmal die Rede. S. unten §. 6.

Digitized by Google

„und es nicht nöthig erscheine, sobald eine An„sicht auf deutlich sprechenden Stellen beruhe, noch be„sonders anzuführen, daß diese oder jene Stelle „keinen Grund für eine Ausnahme enthalte" [4]).

Hierauf muß ich nun vor Allem, zur Beseitigung eines Mißverständnisses, wenn auch nicht einer Verdrehung, bemerken, daß es mir noch nicht eingefallen ist, zu behaupten, daß die beiden Gelehrten den §. 69. des R. Absch. v. 1594 nicht kennen, und darum allerwärts übersehen hätten. Denn es ist mir, wie ich weiter unten nachweisen werde, sehr wohl bekannt gewesen, daß sie beide mit dem Inhalte des §. 69. längst vertraut waren. Eben darum gehört auch die Abeggsche Erinnerung gar nicht hierher, daß er die fragliche Gesetzesstelle an anderen Orten bei Gelegenheit gehörig gewürdigt habe. Auch war die Belehrung überflüssig, daß unnütze, d. h. nicht zur concreten Lehre gehörige Gesetzesstellen nicht allegirt zu werden brauchen neben den relevanten; indem ich, während ich vom Uebersehen des §. 69. sprach, demselben natürlich Relevanz beilegte. Sieht man also hiervon ab, so reducirt sich der ganze Einwand auf die Behauptung: „die oben, am Eingange des §. 2. aufgestellte, und auf Art. 22. der P. G. O. gebaute „Regel über den zusammengesetzten Beweis „erleide keine Ausnahme oder Modification „durch den §. 69. des R. Absch. v. 1594. Deswegen gehöre diese Gesetzesstelle auch nicht hierher, und „könne bei Erörterung der Grundsätze über den zusammengesetzten Beweis gar nicht gebraucht werden." Dieser Einwand wird aber, dem Herrn Dr. Abegg gegenüber, am besten widerlegt werden, wenn ich vorerst

4) S. dieses Archiv a. a. O. S. 529.

Digitized by Google

den Inhalt der Gesetzesstellen, so weit er hier von Relevanz ist, anführe, und dann beweise, daß Herr G. J. R. Martin und Herr Dr. Abegg selbst in ihren Lehrbüchern bezeugen, daß der Art. 22. der P. G. O. durch §. 69. des R. Absch. v. 1594 eine Modification erlitten habe. Ist aber das letztere richtig, dann kann auch nicht mehr von denselben geläugnet werden, daß der §. 69. bei Erörterung der Lehre vom zusammengesetzten Beweise von Einfluß sey.

§. 4.

Was nun zunächst den Inhalt des Art. 22. der P. G. O. betrifft; so ist bekanntlich darin vorgeschrieben: „Dann soll jemant entlich zu peinlicher Straff „verurtheilt werden, das muß auß eygen Be„kennen oder Beweisung beschehen, und nit auf „Vermutung oder Anzeygung." Nach dem strengen Wortlaute dieses Gesetzes, welches durchaus nicht zwischen den einzelnen Bestandtheilen des Anschuldigungs-Beweissatzes unterscheidet, kann überhaupt kein, zur Anschuldigung gehörendes, Moment durch Indicien zur criminalrechtlichen Gewißheit erhoben werden, und eben darum auch nicht (Art. 23. und 30. der P. G. O.) durch Combination mehrerer einzeln und für sich unzureichender, verschiedenartiger Kenntnißquellen [5]). Indessen

5) Wenn manche Juristen (s. z. B. auch wieder Henke Handb. des Criminalrechts Bd. IV. §. 90. S. 602.) behaupten, daß sich ein vollständiger Beweis auch durch Verbindung der Aussage Eines klassischen Zeugen mit dem außergerichtlichen Geständnisse herstellen lasse, „indem die P. G. O. beide „nur in so ferne den Indicien gleichstelle, als sie „auch auf die ersteren ein Zwischenurtheil auf Folte„rung zu gründen gestatte"; so kömmt dagegen wohl in Betracht 1) daß die P. G. O. unter dem „eygen Beken„nen" das vollgültige gerichtliche Geständniß, und

Digitized by Google

wurde später im §. 69. des R. Absch. v. 1594 verordnet: „Demnach .... dem Ankläger obliegen soll, den „gefährlichen Vorsatz ... wie Recht zu beweisen und darzuthun, und weiter erwogen ..., „daß *dolus in mente delinquentis* beruht, und „derwegen schwerlich directe zu probiren, „derselbe jedoch aus den Umständen der That„handlung, *ex perspicuis indiciis, et evidentia „ipsius facti* könne und möge erwiesen wer„den, als da vis publica, coadunatio hominum, „incendium hostilis invasio territorii alieni vor„handen; So wollen (Wir), wenn die narrata mit allen „vorerzählten Umständen, auf welche die Proceß seynd „ausgebracht, durch den Kläger, wie sich's gebührt, „genugsam erwiesen, und aus demselben verus dolus „*circumstantiis, perspicuis indiciis seu evidentia „facti* ist dargethan, daß alsdann zur Erklärung der „Pön des Landfriedens möcht geschritten werden." Durch diese Verordnung wurde ein wesentlicher Bestandtheil des Anschuldigungsbeweissatzes von der absoluten Vorschrift des Art. 22. der P. G. O. ausgenommen, daß nämlich kein, zur Anschuldigung gehörender, und die Verurtheilung zur peinlichen Strafe

---

unter „Beweisung" — im Gegensatze vom Geständnisse — einen vollständigen Zeugenbeweis begreift, und 2) daß die P. G. O., indem sie auf die Aussage Eines Zeugen, oder auf ein außergerichtliches Geständniß hin, die Folter zuließ, um entweder zum vollständigen Beweise, oder zur gänzlichen Vernichtung des vorhandenen Verdachtes (P. G. O. Art. 61.) zu führen — an die Combination jener verschiedenartigen, einzeln und für sich unzureichenden Kenntnißquellen, zur Herstellung eines vollen Anschuldigungsbeweises nicht denken konnte; 3) daß aber der Art. 22. lediglich im Zusammenhalte mit dem ganzen Beweissystem der P. G. O. interpretirt werden muß, um nicht etwas, dem letzteren Widersprechendes, abzuleiten!

Digitized by Google

bedingender, Umstand durch Indicien vollkommen erwiesen werden könne. Es wurde nämlich bestimmt, daß der dolus nicht blos direct durch ein gerichtliches, vollgültiges Geständniß, d. h., „durch eygen Bekennen," im Sinne des Art. 22. der P. G. O., sondern auch indirect ex indiciis perspicuis dargethan, und somit selbst durch Combination — mehrerer, einzeln und für sich unzureichender, Kenntnißquellen zur criminalrechtlichen Gewißheit erhoben werden könne. Mit dieser Interpretation stimmen auch auf's vollkommenste überein

1) Herr Geh. Justiz. Martin, indem er in seinem Lehrb. (3te Aufl.) §. 68, verglichen mit §. 85, ausdrücklich erklärt: „daß alle Bestandtheile des, ein jedes Strafurtheil bedingenden, Beweissatzes nach dem Art. 22. der P. G. O. nur durch Geständniß oder Beweisung, nicht aber durch Indicien zur criminalrechtlichen Gewißheit erhoben werden könnten; daß jedoch diese Beschränkung durch den §. 69. des R. Absch. v. 1594 in Hinsicht eines für erwiesen zu erachtenden verbrecherischen Vorsatzes (dolus criminalis) „ausdrücklich aufgehoben worden sey", indem letzterer aus einer Mehrheit von indiciis perspicuis gefolgert werden dürfe." Ganz im Einklange hiermit sagt

2) Herr Dr. Abegg in seinem Lehrbuche §. 138. (unter Hinweisung auf den §. 69. in der Note 84.): „daß der Vorsatz, welcher, wenn er „nicht eingestanden werde, seiner Natur „nach nicht selbst äußerlich erkennbar sey, „sondern nur aus äußeren Umständen und „Verhältnissen erschlossen werden könne, „allerdings, wenn die übrigen Bestandthei„le (des Beweissatzes) feststünden, ein Ge-

Digitized by Google

„genstand des Anzeigebeweises sey, in „welcher Hinsicht aber eine einzige An„zeige nicht hinreichend, sondern sein Zusam„mentreffen mehrerer erforderlich sey."

Wenn nun aber hiernach die HH. Martin und Abegg selbst lehren, daß der Art. 22. der P. G. O. durch den oftererwähnten §. 69. des R. Absch. v. 1594 modificirt, und darin den Indicienbeweis in Bezug auf den Vorsatz für zulässig erachtet worden sey; so konnte unmöglich mit Consequenz von beiden Gelehrten der Lehrsatz aufgestellt werden: „daß sich durch Harmonie mehrerer, „einzeln an und für sich sämmtlich unzureichender, „Kenntnißquellen niemals ein vollständiger Cri„minalbeweis herstellen lasse." Denn versteht man hier unter dem vollständigen Criminalbeweis, wie es schon der ganze Zusammenhang von selbst mit sich bringt[6]), einen intensiv vollständigen Beweis; so ist damit auch gesagt, daß kein Bestandtheil des Anschuldigungsbeweissatzes durch Indicien vollkommen constatirt werden könne. Dieser Satz steht aber mit der weiteren Lehre, daß *dolus* ex indiciis perspicuis vollkommen erwiesen werden könne, in directem Widerspruche! Dagegen ist der oben, am Anfange des §. 2. angeführte und von mir aufgestellte Lehrsatz über den zusammengesetzten Criminalbeweis der Schuld vollkommen im Einklange mit den gesetzlichen Vorschriften, und ich kann die, mir von Herrn Dr. Abegg zur Last gelegte, Inconsequenz überall nicht finden!

---

6) Denn von einem, über alle Bestandtheile der Anschuldigung sich erstreckenden, d. h. extensiv vollständigen Anschuldigungsbeweise durch Indicien, ist überall keine Rede!

Digitized by Google

§. 5.

Auch vermag ich nicht wohl abzusehen, was gegen mich durch die weitere Bemerkung des Herrn Dr. Abegg bewiesen werden soll:

1) daß sich nämlich, abgesehen von der Bestimmung über die Erschließung des *dolus* aus den erwiesenen Umständen, wie §. 69. des R. Absch. von 1594 nicht die geringste Spur einer abweichenden Beweistheorie, namentlich nirgends etwas finde über an sich zureichende Kenntnißquellen und Wahrscheinlichkeiten, deren Zusammentreffen einen vollen, zur Verurtheilung hinreichenden, Beweis zu gewähren vermöchte; vielmehr im Gegentheil in diesem Reichsgesetze wiederholt die Obliegenheit des Anklägers eingeschärft werde, wie sich gebühre, genungsam zu erweisen;

2) daß in der beschränkten Abweichung hinsichtlich des *dolus*, welcher, als in mente delinquentis beruhend, schwerlich directe zu probiren sey, ein Argument vom Gegentheile für alle andere Erfordernisse vorliege, für welche die gewöhnlichen gemeinrechtlichen Bestimmungen über den Beweis gelten; endlich

3) daß der §. 69. nur etwas Singuläres für den Fall des Landesfriedensbruchs und nur für diesen verordne, und zwar nur in Betreff des Erfordernisses des nicht zu vermuthenden, sondern zu beweisenden *dolus*, welchen, wie es auch schon früher galt, ex indiciis perspicuis erschlossen werden könne [7]); zuletzt

4) daß diese Ausnahme eben keine solche sey, die für gewisse Fälle von der Regel Statt

7) S. dieses Archiv a. a. O. S. 529.

Digitized by Google

finden solle [8]), und der Allgemeingültigkeit der Regel Abbruch thue, nach welcher durch die Harmonie mehrerer, einzeln und für sich unzureichender, Kenntnißquellen kein vollständiger Criminalbeweis gebildet werden könne [9])."

Ich bin nämlich, was die so eben unter Nr. 1. u. 2. hervorgehobenen Behauptungen des Hrn. Dr. Abegg betrifft, mit demselben auf's vollkommenste einverstanden. Sie enthalten zugleich das Zugeständniß der Richtigkeit meiner Behauptung, daß der R. Absch. v. 1594 wirklich eine Ausnahme von der in dem Art. 22. der P. G. O. aufgestellten Regel über den Indicienbeweis aufstelle. Auch wird Niemand in Abrede stellen, daß der §. 69. des gedachten Reichsgesetzes nur vom Landesfriedensbruche handle. Dagegen folgt hieraus noch lange nicht der oben, unter Nr. 3. angeführte Satz, daß nämlich die Verordnung, nach welcher der dolus auch ex indiciis perspicuis solle erwiesen werden können, eine, nur auf den Landesfriedensbruch zu beschränkende Singularität sey. Denn dagegen spricht, wie auch bereits der Herr Geh. J. R. Martin [10]) bemerkt hat, einmal schon die *ratio*, welche in diesem Reichsgesetze selbst angeführt ist, und bei Aufklärung eines jeden verbrecherischen Vorsatzes paßt. Das Gesetz will nämlich darum eine probatio doli ex indiciis perspicuis zulassen, weil der dolus doch schwerlich directe zu beweisen, sondern nur aus äußeren Thatsachen zu erschließen sey. Zweitens kömmt hier das argumentum a majori ad minus in Betracht; indem

8) S. dieses Archiv a. a. O. S. 531.
9) S. dieses Archiv a. a. O. S. 529.
10) S. dessen Lehrbuch des teutsch. gem. Cr. Proz. §. 68. Note 10. (3te Aufl.)

Digitized by Google

man doch offenbar befugt ist, diesem, durch die Natur der Sache gebotenen Grundsatz, nach welchem der Beweis des dolus selbst bei einem der strafwürdigsten Verbrechen ex indiciis zulässig und möglich seyn soll, aus gleicher ratio auch bei minder bedeutenden Verbrechen anzuwenden. Am allerwenigsten kann man aber drittens, — wenn man consequent seyn will — von einer, auf den Landesfriedensbruch zu beschränkenden Singularität reden, sobald man mit Herrn Dr. Abegg in dem gedachten Reichsgesetze nur eine Anwendung dessen findet, „was schon früher gegolten hat", nämlich eine Anwendung der ganz allgemein lautenden Vorschrift der c. 6. C. de dolo malo (2, 21.): „dolum ex indiciis perspicuis probari convenit" [11]). Nicht also von einer Singularität, sondern von einer in der Natur der Sache gegründeten Ausnahme ist die Rede. Daß diese aber keine solche sey, die nur für — Einen, oder mehrere einzelne bestimmte Fälle von der Regel Statt finden solle, kann man um so mehr zugestehen, als in dem fraglichen Reichsgesetze weder blos einzelne bestimmte (gewisse) Fälle bezeichnet, und noch weniger vorgeschrieben ist, daß der dolus gerade ex indiciis bewiesen werden müsse (solle); indem ja der Beweis desselben auch schon aus einem vollgültigen gerichtlichen Geständnisse hervorgehen kann. Endlich ist auch der weiter oben unter Nr. 4. hervorgehobene Satz, daß durch die Harmonie mehrerer, einzeln und für sich unzureichender, Kenntnißquellen kein vollständiger Criminalbeweis gebildet werden könne, als Regel vollkommen anzuerkennen, und solche, insofern sie nicht blos für gewisse, sondern für alle Crimi-

11) Abegg Lehrb. des gem. Cr. Pr. §. 188.

Digitized by Google

nalfälle gilt, auch als allgemeingültige anzusehen. Allein, verwechselt man nicht „alle Criminalfälle" mit „allen Bestandtheilen eines Anschuldigungsbeweises eines jeden Criminalfalls"; so folgt aus dem Obigen — und dies ist der Hauptpunkt, um den es sich hier handelt — überall noch nicht das, was Herr Dr. Abegg gegen mich beweisen wollte, daß nämlich niemals ein vollständiger Criminalbeweis ex indiciis, oder durch Zusammentreffen mehrerer, für sich und einzeln unzureichender Kenntnißquellen hergestellt werden könne. Denn in Bezug auf den *dolus* ist, wie gesagt, allerdings ein solcher voller Beweis möglich. Doch bin ich darin mit Herrn Dr. Abegg und seinen Vorgängern einverstanden, daß der §. 69. den Beweis des dolus ex indiciis nur zuläßt, unter der Voraussetzung, daß alle die übrigen, zum s. g. ob- und subjectiven Thatbestande gehörenden, Momente bereits vollkommen erwiesen sind [12]).

§. 6.

Uebrigens darf ich, — da doch einmal von den Ausnahmen der, im Art. 22. der P. G. O. aufgestellten, Regel in Betreff des Indicienbeweises die Rede ist, — hier noch weiter gehen, und behaupten, daß sich durch Combination mehrerer, einzeln und für sich einzureichender, Kenntnißquellen nicht nur der dolus, sondern auch noch ein anderer Bestandtheil des Anschuldigungs-Beweisthemas zur criminalrechtlichen Gewißheit erheben lasse, und daß folglich der oben §. 2. angeführte, von Herrn Dr. Abegg

12) S. mein Lehrb. des teutsch. gem. Crim. Proz. §. 128. in Verbindung mit Roßhirt Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. II. Hft. 2. S. 184. lit. b.

Digitized by Google

aufgestellte, Satz nicht nur mit dem §. 69. des oft-erwähnten Reichsabschieds, sondern auch mit dem Art. 147. der P. G. O. selbst im Widerstreite stehe.

Es fehlt nämlich, wie bekannt, nicht an Juristen, welche sogar behaupten, daß der Art. 22. der P. G. O. nur auf den Beweis der Thäterschaft, nicht aber auf den Beweis des Thatbestandes sich beziehe, und folglich der letztere, wie auch aus dem Art. 147. der P. G. O. deutlich hervorgehe, sehr wohl durch Indicien geliefert werden könne. Namentlich sind unter Anderen dieser Ansicht Stübel [13]) und Feuerbach [14]). Diese Meinung geht nun zwar, wie ich bereits an einem andern Orte bemerkte [15]), viel zu weit, und läßt sich weder mit einer grammatisch- noch mit einer logisch-richtigen Interpretation der gedachten Gesetzstellen vereinigen. Was nämlich

1) den Art. 22. der P. G. O. betrifft; so lehrt schon dessen deutlicher Wortlaut, daß solcher zwischen den einzelnen Theilen des Anschuldigungsbeweises gar nicht unterscheidet. Es steht folglich auch dem Interpreten durchaus die fragliche Distinction zwischen Thatbestand und Thäterschaft nicht zu [16]). Es folgt aber auch diese Unterscheidung nicht aus dem Zwecke des Art. 22. Denn derselbe wollte nicht blos die Zulässigkeit der Tortur reguliren, und demnach nur auf den Thäter sich beziehende Bestimmungen treffen, sondern auch auf's bestimmteste die Voraussetzungen zu einer sententia condemnatoria in

13) S. dessen Schrift über den Thatbestand der Verbrechen Th. II. §. 355 — 373. und desselben Criminalverfahren Th. II. §. 692. 1017. u. 1018.
14) S. dessen Lehrbuch des Cr. R. §. 560.
15) S. mein Lehrb. des teutsch. gem. Cr. Proz. §. 128. Note 8.
16) S. Martin Lehrb. des Cr. Pr. §. 68. Note 7. (8te Aufl.)

Digitized by Google

beweisrechtlicher Hinsicht fixiren [17]). Er mußte sich darum auch auf das ganze Anschuldigungs-Beweisthema beziehen.

2) Was ferner den Art. 147. anbelangt, so handelt derselbe, seinem Wortlaute nach, nicht vom Beweise des Thäters, sondern nur von jenem des Thatbestandes, allein bei weitem nicht des ganzen Thatbestandes, sondern nur eines Theils desselben. Es ist nämlich in dem gedachten Artikel die Rede nicht davon, wie die Facta bewiesen werden sollen 1) daß jemand verwundet worden, und 2) daß der Verwundete bald nach der Verwundung gestorben sey, vielmehr werden beide, wesentlich zum Thatbestande gehörende, Thatsachen bereits (und zwar gemäß dem Art. 22. der P. G. O.) als direct erwiesen vorausgesetzt.

Dagegen ist doch die Frage davon, wie das weitere, gleichfalls zum Thatbestand wesentlich erforderliche, Moment, nämlich der Causalzusammenhang zwischen der erwiesenen Verwundung und dem eingetretenen Tode constatirt werden solle? Die Antwort hierauf konnte nämlich nicht aus der Bestimmung des Art. 22. der P. G. O. entnommen werden. Denn dieser läßt zum Anschuldigungsbeweise überhaupt nur eine directe (natürliche) Beweisführung zu. Der fragliche Causalzusammenhang kann aber, seiner ganzen Natur nach, direct nicht durch Zeugniß, und selbst nicht einmal, wie der dolus, durch Geständniß zur criminalrechtlichen Gewißheit erhoben werden, weil beide, sowohl das Zeugniß als das Geständniß, nicht auf Schlußfolgerungen beruhen sollen, jener Causalzusammenhang aber nur erschlossen, und oben-

17) S. Martin a. a. O.

Digitized by Google

drein dieser Schluß in Fällen der fraglichen Art nur von demjenigen gezogen werden kann, der die, hierzu nöthigen, Sach- und respective Kunstkenntnisse besitzt [18]). Hiermit entstand eine Lücke in dem gesammten Anschuldigungsbeweissysteme. Diese mußte noch ausgefüllt werden. Letzteres war aber nur innerhalb der durch die Natur der Sache schon gebotenen Schranken möglich, und darum läßt der Art. 147. zur Constatirung des Causalzusammenhangs die hier nur einzig gedenkbare indirecte Beweisführung — den Beweis aus Indicien — zu [19]), und giebt

18) S. mein Lehrb. des Cr. Proz. §. 102. und insbesondere die Note 16. und §. 107. In der gedachten Note ist auch nachgewiesen, daß die Ansicht — nach welcher das Bekenntniß eines Angeschuldigten in Betreff solcher Thatsachen, deren Beurtheilung besondere Sachkenntnisse voraussetzt, alsdann überzeugend seyn soll 1) wenn der Angeschuldigte die fraglichen Sachkenntnisse besitzt, 2) zur Ausübung und Anwendung dieser Kenntnisse vom Staate autorisirt war, und 3) seinem Urtheile Gründe beifügte, welche 4) keinen Mangel an Sachkenntniß und Erfahrung verrathen, — nicht allgemein richtig ist, namentlich in Fällen der hier in Frage stehenden Art nicht gerechtfertigt werden kann. Die ausdrückliche Limitation des Art. 147. im Zusammenhalte mit dem im Art. 22. erwähnten „eygen Bekennen" zeigt dieses implicite noch näher!

19) „Item so eyner geschlagen wirt, und über etlich Zeit darnach „stürb, also, daß zweifelich wär, ob er, der geklagten streych halb gestorben wer, oder nit; in solchen Fellen mögen beyd theyl (wie von Weisung gesagt „ist) kundtschaft zur sachs dienstlich stellen, und sollen doch fürderlich die Wundärzt, der sach verstendig, und andere personen, die da wissen, wie sich der gestorben nach dem schlagen und rumor gehalten hat, „zu zeugen gebraucht werden, mit Anzeygung, „wie lang der gestorben nach den streychen gelebt „hat, und in solchen urtheylen, die urtheyler bei den rechtverständigen, und an enden und orten, wie zu end dieser unserer Ordnung angezeygt, radts pflegen." Remus paraphrasirt diesen Artikel so: ... „poterunt ab utraque parte, (ut ante de probationibus dictum est) *testes* in judicium produci: potissimum vero *chirurgi*, vel *medici*, quibus *utpote peritis in sua arte* credendum sit; deinde *et domes-*

Digitized by Google

giebt einzelne Beispiele solcher Indicien an, aus denen sich etwa mit Hülfe Sachverständiger, namentlich der Wundärzte, ein Schluß auf die Existenz jenes Causalzusammenhanges ziehen lasse, vorausgesetzt, daß sie (gemäß den Vorschriften des Art. 30. der P. G. O.) durch Zeugen gehörig erwiesen seyen.

§. 7.

Aus dem Bisherigen ergiebt es sich also:

1) daß sogar mehrere, zum Anschuldigungs-Beweisthema gehörende, Momente aus Indicien vollständig erwiesen werden können, nämlich nicht nur der dolus, sondern auch der Causalzusammenhang zwischen zwei, auf directem Wege bereits erwiesenen, zum Thatbestande gehörenden, Thatsachen;

2) daß aber diese beiden Ausnahmen von der, im Art. 22. der P. G. O. über den Indicienbeweis aufgestellten, Regel lediglich durch die Natur des ausgenommenen Beweisobjectes geboten sind, und

3) daß die specielle Aufstellung dieser Ausnahmen im §. 69. des R. Absch. v. 1694 und im Art. 147. der P. G. O., nach dem Grundsatze: exceptio firmat regulam contrariam, um so mehr ein Gesetze dafür bieten, daß alle übrigen, an sich d. h. ihrer Natur nach (in abstracto), durch „eygen Bekennen" oder „Beweisung" im Sinne der P. G. O.

---

stici ac *vicini*, quorum *illi* de *vulnere*, *letale fuerit*, *num aeger* — at *hi*, quam *ac bene aeger ad medici praescriptum in cura gesserit*, num *ob intemperantiam aliquo novo symptomate correptus* fuerit: itemque et hoc, *an si ipse sibi deesse voluisset*, *convalescere potuerit nec ne*: denique *quamdiu a vulnere supervixerit*, jurati deponent...." cf. J. Gohleri interpretat. CCC. et Remi nem. Carul. den. vulg. c. Abegg, Heidelb. 1837. p. 163.

Digitized by Google

rhare, Bestandtheile des Unschuldigungs-
satzes stets auch in concreto nur auf directem
ur criminalrechtlichen Gewißheit erhoben werden

daß aber, eben jener obengedachten Aussa-
gen, die beiden Behauptungen zu weit gehen:
) daß der nach gemeinem Rechte allein
ige Gebrauch der Indicien nur in der Anwen-
derselben zur Vervollständigung der Untersu-
und zur Auffindung der angezeigten Spuren be-
); folglich nur für den Inquirenten, nicht
den urtheilenden Criminalrichter von Werth
und einem Strafurtheile in keinerlei Bezie-
ur Basis dienen dürften.
). Daß durch Combination mehrerer für sich und
unzureichender Kenntnißquellen niemals ein
diger Beweis erwacht werden könne, wie er zur
rtheilung erfodert werde [21]).

§. 8.

Schließlich muß ich noch auf einen Punkt zurück-
n, welchen Herr Dr. Abegg beiläufig in einer
kung berührte, und dessen nähere Beleuchtung
vorhergehenden §. 7. aufgestellten Resultate noch
ständigt. Derselbe sagt nämlich: „ich hätte dem
hm und vom Herrn G. J. R. Martin aufge-
n (oben §. 2. a. A. wörtlich angeführten) Satze
den zusammengesetzten Beweis auch noch weiter
§. 160. Note 11. meines Lehrbuchs) die Behaup-
entgegengesetzt: „„vom Beweise der Unschuld
tschuldigungsbeweise) gelten die Beschränkun-
des Art. 22. der P. G. O. nicht.““ Allein

begg Lehrb. des Cr. Pr. §. 156.
begg a. a. O. §. 142.

Digitized by Google

„darüber sey kein Streit, und das Gegentheil habe „noch nie Jemand behauptet. Der Art. 22. verbiete „ja ganz deutlich die Verurtheilung, weßhalb „auch er (Abegg) gerade diesen Ausdruck beibehalten „habe.“ [22])

Auf diese Bemerkung vermag ich nun zu erwiedern, daß es mir unbegreiflich ist, wie Herr Dr. Abegg die Note 11. des §. 160. meines Lehrbuchs auf sich beruhen lassen konnte? Denn bei nur einiger ruhigen Reflexion müßte er sich überzeugt haben, daß ich nur die Worte des Herrn G. J. R. Martin angeführt habe, der nicht, wie Herr Dr. Abegg, von einem, zur Verurtheilung genügenden, sondern von einem Criminalbeweis spricht. Dieser letztere Ausdruck umfaßt aber im Allgemeinen sowohl den An- als Entschuldigungsbeweis im Criminalprocesse, und kann daher leicht, zumal bei Anfängern, zu dem Mißverständnisse führen, als ob die Beschränkungen des Art. 22. der P. G. O. auch auf den Entschuldigungsbeweis Anwendung leiden sollten. Ich machte daher durch die Note 11. darauf aufmerksam, daß der Ausdruck: „Criminalbeweis“ zu weit sey, was Herr Dr. Abegg am wenigsten wird in Abrede stellen wollen, da er selbst einen anderen präcisiven vorsichtig gewählt hat. Wie konnte nun noch Herr Dr. Abegg seine Ausdrucksweise vermissen, während doch von dieser gar keine Rede war?!

Wenn aber vollends derselbe erinnert, daß nämlich noch nie Jemand behauptet habe, daß die Beschränkungen des Art. 22. der P. G. O. auch bei den Entschuldigungsbeweise gelten sollten; so muß ich dagegen bemerken:

22) S. dieses Archiv a. a. O. S. 528. Note 16.

Digitized by Google

1) daß es sich handgreiflich hier nicht von der Behauptung einer irrigen, sondern von einer ungenauen Darstellung einer richtigen Ansicht handelt, die eben jener Ungenauigkeit wegen leicht mißverstanden werden kann. Denn daß Herr G. J. R. Martin ganz das Richtige sagen wollte, geht aus dessen trefflichem Lehrbuche (3te Aufl.) §. 68. deutlich hervor! — Ueberdies ist es

2) zwar allerdings ganz wahr, daß noch Niemand gerade wörtlich behauptet hat, daß die positiven Beschränkungen des Art. 22. der P. G. O. auch bei dem Entschuldigungsbeweise gelten sollten. Allein der Sache nach liegt diese Behauptung allerdings z. B. in der Aeußerung Henke's (Handb. des Criminalrechts Bd. IV. §. 68. S. 423.), daß nämlich „dieselben Beweis„mittel, wodurch die Anschuldigung erwiesen wer„den könne, auch zur Vertheidigung des Angeschul„digten erfoderlich seyen, als Beweismittel derje„nigen Thatsachen, wodurch die Strafbarkeit ausge„schlossen, oder die Anwendung einer milderen Strafe „begründet wird." Doch! nicht genug hiermit; vielmehr möchte ich noch fragen: welcher praktische Unterschied kömmt wohl heraus, wenn man die oben erwähnten Beschränkungen des Art. 22. auch auf den Entschuldigungsbeweis anwendet, oder mit Herrn Dr. Abegg selbst davon ausgeht [23]), daß durch Indicien, schon ihrer ganzen Natur nach, keine Gewißheit, sondern nur eine Wahrscheinlichkeit gewonnen werden könne, und daß die P. G. O. eigentlich nur darum die Verurtheilung auf Indicien untersagt habe? Denn, wenn die Indicien schon

23) S. dieses Archiv Jahrg. 1838. St. 4. S. 520. und Note 4. (wo indessen statt „Möglichkeit" zu lesen ist „Trüglichkeit").

Digitized by Google

an sich keine Gewißheit liefern können; so darf man auch von selbst von keinem intensiv vollständigen Indicienbeweis der Unschuld reden, sondern es muß, in Ermangelung directen Beweises hiefür, nur mehr, wie Herr Dr. Abegg selbst sagt [24]), eine Lossprechung erfolgen „weil die Gesetze, indem sie die „Natur der Wahrscheinlichkeit richtiger als die Neue„ren würdigen, und sie deßhalb für unzulänglich zur „Verurtheilung erklärten, eben damit indirect die „andere Folge der Lossprechung da herbeiführten, „wo weder Bekenntniß noch Ueberführung erlangt ist." Wer aber mit anderen Juristen [25]) dafür hält, daß auch durch Indicien, ihrer Natur nach, und abgesehen von positiven Beschränkungen, unter gewissen Voraussetzungen ein intensiv vollständiger Beweis sich herstellen lasse, der wird, wegen Unanwendbarkeit des Art. 22. der P. G. O. auf den Entschuldigungsbeweis, nicht blos eine Lossprechung „wegen mangelnden Beweises der Schuld", sondern auch eine, davon wesentlich verschiedene, Freisprechung „wegen erbrachten Beweises der „Unschuld" in Fällen für möglich halten, wo es an directem Beweise der Unschuld gebricht! Indessen erhebt sich wirklich

3) noch die Frage: ob denn in der That, wie Herr Dr. Abegg behauptet, „die Gesetze die Natur „der Wahrscheinlichkeit richtiger als die Neueren „würdigen", und ob sie keinen vollständigen Entschuldigungsbeweis aus Indicien ableiten? Ich glaube diese Frage bestimmt verneinen zu müssen.

24) Abegg Lehrb. des gem. Crim. Proz. §. 137. u. §. 138. S. 242.

25) S. z. B. Mittermaier die Lehre v. Beweise S. 455 fg. v. Zachariä Grundlinien des teutsch. gem. Criminalprozesses §. 203. a. E. und S. 246. vergl. mit §. 202. S. 251. Nr. I.

Digitized by Google

Im Art. 141. der P. G. O. wird nämlich bestimmt, daß ein Angeschuldigter, welcher sich auf die Nothwehre zu seiner Entschuldigung berufe „solche zu Recht genug „zu beweisen habe", und darauf wird angegeben, wie dieser vollständige Beweis geliefert werden könne? *).

Erwägt man genauer den Inhalt der CCC.; so entnimmt man bald daraus:

1) daß er lediglich von dem, im Art. 141. gefoderten, vollen Entschuldigungsbeweise handelt, nämlich von dem Falle, in welchem ein Angeschuldigter der That geständig ist, aber auf die Nothwehre

*) „Item so eyner jemandt entleibt, das niemandt gesehen hat, und will sich eyner notweer gebrauchen, der im die kläger nit gestehn, in solchen fellen ist anzusehen der „gut und böß standt jeder person, die statt, da der todtschlag geschehen ist, was auch jeder für wunden und weer „gehabt, und wie sich jeder theyl in dergleichen fellen „vor und nach der that gehalten hab, welcher theyl auch „auß vorgeenden geschichten mer glaubens, ursach, bewegung, vortheyls oder nutz haben mög, den anderen „an dem ort, als die that geschehen ist, zu entschlagen oder zu „benötigen: daraus kann eyn guter verstendiger richter ermessigen, ob der fürgewandten notweer zu „glauben sei; und wo die vermutung der notweer „wider die bekentlichen that statt haben soll; so „muß dieselbig vermutung gar gut stark bestendig ursach haben, aber der thäter mocht wider den entleibten „so vil böser, und sein selbs halb so vil guter starker vermutung darbringen, um wer der notweer zu „glauben. Solch ursach alle zu erklären, kann durch diese ordnung nit wol gründlich und jedermann verstendlich beschehen; aber nemlich ist zu merken, daß in diesem fall „aller obgemelten vermutung halb, die beweisung dem thäter aufgelegt werden soll, doch unabgeschnitten dem kläger der weisung, die er „dawider fürbringen wolt, und wo dieser fall vorgemelter massen redlich zweiffel hat; so ist not, in der urtheyl „der verstendigen radt mit fürlegung aller umbstende sittlich „zu gebrauchen; wann sich dieser fall mit gar vil zweiffels und „unterschich für und wider die berümbten notweer begeben „mag, die vor der geschicht nit all zu bedenken, oder zu „setzen sein."

Digitized by Google

sich betrifft, während letzteres vom Ankläger in Abrede gestellt wird. Man ersieht ferner

g) daß nach unserem Artikel, in Ermangelung direkter Beweisführungsmittel, der fragliche Entschuldigungsbeweis selbst aus Indicien geliefert werden kann [27]), und

h) daß die Voraussetzungen, unter welchen die Richter die Nothwehre als vorhanden annehmen („die Nothwehr glauben") soll, näher dahin festgesetzt worden sind, nämlich:

a) daß der Richter sowohl auf die vorausgehenden, gleichzeitigen als nachfolgenden Indicien, welche für und beziehungsweise gegen den Entleibten und den Thäter sprechen, sehen soll. Denn es werden von allen diesen Arten der Indicien Beispiele gegeben, mit der Bemerkung, daß sich freilich solche nicht alle aufzählen ließen. Namentlich wird hingewiesen 1) auf den guten oder bösen Ruf der Personen und deren Verhältnisse, 2) auf die Motive zur That, 3) auf das Benehmen der Personen vor der That, 4) auf den Ort der That, 5) auf die bei der That gebrauchten Waffen und empfangenen Wunden, 6) auf das Benehmen des Thäters nach der That. Es wird weiter vorausgesetzt,

b) daß diese Indicien bewiesen seyen. Der Art. 148. schreibt jedoch nicht vor, wie diese Indicien bewiesen werden sollen. Man könnte daher nun

---

27) Dies leuchtet recht deutlich hervor, wenn man den Art. 22. der P. G. O. mit dem Art. 148. vergleicht. Ersterer schließt die „Vermuthung" im Gegensatze der „Beweisung" als Grundlage einer sententia *condemnatoria* aus, und der Art. 148. läßt die „Vermuthung der Nothwehre als Grundlage einer sententia *absolutoria* zu. Vergl. noch Art. 137. a. A. mit Art. 141. a. E., Art. 151. und 143. bei den Worten: „im wer der notwere zu glauben."

Digitized by Google

mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch der P. G. O. aus dem Worte „Beweisung" etwa den Schluß ziehen, daß auch diese Entschuldigungs-Anzeigen gleich den Anschuldigungs-Anzeigen auf directem Wege erwiesen werden müssen [28]). Endlich ist erfoderlich,

c) daß diese Indicien auch speciell und sehr dringend seyen, und in ihrem Zusammentreffen eben so stark gegen den Getödteten, als für den Angeklagten sprechen; also sich nicht wohl

28) Doch kömmt dagegen auch wieder in Betracht, daß im Zweifel die hier in Frage kommenden Gesetze auf die gelindeste Weise, also zu Gunsten des Angeschuldigten, auszulegen sind. cf. fr. 25. D. de leg. (1, 3.), fr. 56. u. 155. §. 2. D. de R. J. (50, 17.). Daher habe ich auch schon früher (s. mein Lehrb. des Cr. Pr. §. 130. Note 4.) bemerkt, daß die P. G. O. ausdrücklich nur die Anschuldigungsanzeigen direct bewiesen haben wolle (P. G. O. Art. 30. a. E.). Indessen muß es in hohem Grade auffallen, wie G. P. Gans (in Weiske's Rechtslexicon Bd. 1. S. 347. Note 8.) mich neben Mittermaier (Lehre v. Beweise S. 427.) als Vertheidiger des Satzes anführen kann, daß auch die Anschuldigungsanzeigen selbst durch Anzeigen bewiesen werden könnten. In der fraglichen Note 4. bemerkte ich nämlich, „daß die Frage: durch welche Mittel die Anzeigen bewiesen werden müßten? von den Juristen verschieden beantwortet würden, je nachdem sie überall den natürlichen und den Indicienbeweis einander gleichstellten, oder sich strenge an den Art. 22. der P. G. O. hielten, und den Art. 30. darum noch als geltend betrachteten." Hätte Herr Gans sich auch nur der kleinen Mühe unterziehen, und den §. 128. und §. 131. meines Lehrbuchs nachlesen wollen; so würde er sich überzeugt haben, daß ich mich strenge an den Inhalt der P. G. O. gehalten habe, und deßhalb schon, aber auch noch darum den Art. 30. als fortdauernd gültig betrachte, weil die P. G. O. ja schon die Indicien, auf welche keine condemnatio, sondern nur eine Tortur erfolgen sollte, auf directem Wege erwiesen wissen wollte, und folglich ex argumento a minori ad majus, dieser directe Beweis um so mehr für solche Indicien gefodert werden muß, durch welche irgend ein Bestandtheil des Anschuldigungsthema's nach den Gesetzen erwiesen werden kann. Ich muß daher den mir von Herrn Gans aufgebürdeten „Irrthum" mit der an denselben gerichteten Bitte hier zurückweisen, daß er doch künftig etwas vorsichtiger in Beurtheilung der Ansichten Anderer seyn möge! —

Digitized by Google

ohne die Annahme der Nothwehre erklären lassen. Denn die erwähnte Eigenschaft der Indicien ergiebt sich schon als Erforderniß aus den aufgestellten Beispielen der Indicien, ferner aus den Worten: „gar gut stark „bestendig ursach" und wider „den entleibten „so vil böser und sein selbs halb so vil guter „starker vermutung." Damit aber die Indicien aus der Nothwehre erklärbar erscheinen, ist zuletzt noch nöthig,

d) daß keine Gegenindicien vorhanden seyen. Denn es wird dem Ankläger ausdrücklich der Gegenbeweis vorbehalten, und für den Fall, daß solche Gegenindicien vorlägen und redliche Zweifel gegen die Nothwehre sich erhöben, auf den Rath der Verständigen verwiesen [29]).

Aus allen diesen Sätzen geht nun aber mit Bestimmtheit hervor, daß das Gesetz, d. h. die P. G. O., auch einen vollständigen Entschuldigungsbeweis aus Indicien anerkennt, und dazu nicht mehr und nicht weniger erfodert, als was auch die Neueren als Bedingung für die Annahme eines vollständigen Indicienbeweises aufstellen [30]).

Soviel zu meiner Rechtfertigung, welche ich hier mit der Bemerkung schließe, daß diese vorliegende Erörterung einen weiteren Beleg für den Satz bieten dürfte, daß man allzuvieles Generalisiren eben so vermeiden solle, wie die Neigung, in jeder Ausnahme von einer Regel sofort eine Singularität zu erblicken [31]), während jene nicht selten nur durch die Natur der Sache geboten ist, was bekanntlich für die s. g. restrictive Interpretation nicht gleichgültig erscheint!

29) Art. 146. a. E.
30) Vergl. z. B. Martin Lehrb. des Cr. Pr. §. 85. (3te Aufl.)
31) fr. 15. u. 16. D. de leg. (1,3.).

Digitized by Google

XXVIII.

Merkwürdiger Criminalfall.

Nothzucht und Raubversuch.

Untersuchung über den Leumund der Benöthigten. Entschuldigung durch angebliches Geschlechtsunvermögen.

Dargestellt
von
Herrn Amtmann Dr. von Jagemann
in Heidelberg.

Zu den schwierigsten Untersuchungen gehören die wegen Nothzucht, theils weil die mißhandelten Frauenzimmer in den meisten Fällen es vorziehen, ihre Schande im Stillen zu tragen, als den unsichern Weg der gerichtlichen Genugthuung zu betreten, theils weil sie, wenn auch das Verbrechen zur Sprache kommt, aus Schüchternheit oder wegen des durch die Todesangst bei dem Ueberfall getrübten Gedächtnisses [1] außer Stand gesetzt werden, über die wesentlichsten Punkte eine befriedigende Auskunft zu geben, theils endlich weil die Lüstlinge, die sich dergleichen unterfangen, immer Gelegenheiten auszuersehen wissen, wo sie von Anklagezeugen Wenig oder Nichts zu befürchten haben. Es

1) Rosenkranz, Psychologie (Königsberg 1837.) S. 251. bezeichnet das Gedächtniß als den „Uebergang des Vorstellens in das Denken." Sobald also die Sinne, sey es durch unwillkürliche Wollust oder durch Schrecken, getrübt werden, so kann man sich auf das Gedächtniß nicht mehr verlassen.

Digitized by Google

Es darf dabei auch die Bemerkung hinzugefügt werden, daß die Juristen fast allgemein Vorurtheile gegen die angeblich genöthigten Personen in der Hinsicht haben, daß sie nicht recht daran glauben wollen, wie ein solcher Zwang bei einem nur mit mäßiger Kraft fortgesetzten Widerstande ausführbar sey. Es gereicht eine solche Unkenntniß des moralischen Elementes im weiblichen Geschlechte in der That allen diesen Zweiflern nicht zur Ehre, indem man oft daraus schließen könnte, daß sie sich noch nicht die Mühe genommen hätten, mit den Gebildeteren und Sittsameren des anderen Geschlechtes umzugehen; auch ist es eine durch Kunstverständige nachgewiesene Sache, daß ein Frauenzimmer leicht alle Fähigkeit physischen Widerstandes durch eine gewaltsame Affection des Gemüthes verlieren kann [2]). Von der psychischen und nicht von der physischen Kraft geht der Wille aus, und es ist daher ungereimt, die Möglichkeit einer Gegenwehr blos nach der letztern zu bemessen. Uebrigens hat jene ziemlich verbreitete Ansicht die Folge, daß auf Anklage wegen Nothzucht viel häufiger Freisprechungen, als Verurtheilungen, erkannt werden, wonach dann das beleidigte Frauenzimmer begreiflicherweise einen noch größern Schimpf, als der eines unbestimmten schleichenden Gerüchtes, auf den ferneren Lebensweg mitnehmen muß [3]): denn durch die Erklärung, daß es am Beweise der Nothzucht fehle, ist nicht sowohl ausgesprochen, daß die Umstände das Gelingen des Beweises unmöglich gemacht hätten, als vielmehr auch, wenigstens in den Augen des Publikums, daß eine Begattung zwar stattgefunden haben könne, aber nur im Einverständnisse mit der Frauensperson.

---

2) Henke, Handb. des Crim. Rechts Bd. II. S. 201—202. erkennt dies mit Cella ebenfalls an.

3) S. mein Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde §. 10.

Digitized by Google

Es ist daher nicht ungeeignet, wenn der Inquirent mit einem Mädchen, welches eine Anklage wegen Nothzucht führen will, vorerst vertraulich darüber spricht [4]), welcher Gewaltsgrad angewendet wurde, und welche directe oder indirecte Beweismittel etwa vorhanden seyn dürften, und wo ein Geständniß von dem Charakter des Thäters nicht zu erwarten ist, mag es immer besser seyn, eine solche Untersuchung, der es an gründlichen Materialien gebrechen würde, ganz zu unterlassen.

Besonders günstig stellten sich die Fragen des Beweises bei einer Anklage dar, welche die 24jährige ledige Barbara Crantz [5]) am 15. März 1836 bei dem Verfasser machte [6]). Dieselbe erzählte nämlich, daß ein Kutscher, Namens Carl Mittler, den Abend zuvor gegen 7 Uhr sie beim Hereinkommen in die Stadt Heidelberg, einige Schritte vor dem Thore angefallen und unter Drohungen und rohem Hin- und Herreißen gezwungen habe, mit ihm in einen unfern liegenden Garten zu gehen. Als sie sich von ihm losgemacht, habe er ihres Halstuchs sich bemächtigt, und sie dadurch genöthigt, ihm bis in den Garten zu folgen, weil sie als armes Mädchen dieses Kleidungsstück nicht missen konnte; im Garten angelangt, habe er sie sofort zu Boden geworfen, ihre Röcke in die Höhe

---

4) Die erste Regel ist dabei: gewissenhaftes Entferntbleiben vom leisesten Anklang eines Scherzes oder Unglaubens in Bezug auf Tugend.

5) Die Namen sind in diesem Rechtsfalle verändert worden.

6) Die gute Meinung, welche dieses Mädchen vom Anfang durch ihr bescheidenes Auftreten und ihre sorgfältige Kleidung erregte, wurde zwar im Verlaufe der Untersuchung nicht bestätigt; aber dennoch würde es der Verfasser unrecht gefunden haben, wenn die Anzeige wegen zweifelhaften Rufes zurückgewiesen worden wäre. Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts. 12te Ausg. §. 265. Anmerk. 1. des Herausgebers.

Digitized by Google

gebracht, und sich sodann mit entblößtem Gliede auf sie gelegt, unter Zuflüsterung folgender Worte:

„wenn du dich nicht hernehmen läßt, steche ich dich „todt, du brauchst keine Angst zu haben, ich will schon „sorgen, daß es kein Kind giebt; sollte es aber doch „etwas geben, so will ich dich heirathen."

Auf das Geschrei des Mädchens kamen dann Leute herbei, von denen sie zwei namhaft machen konnte, und Mittler soll sich, sobald er dies gewahr wurde, unter Mitnahme eines Päckchens der Cranz, worin allerlei Kleidungsstücke sich befanden, auf allen Vieren [7]), wahrscheinlich um unerkannt zu bleiben, davon gemacht haben.

Zunächst wurde hierauf ein Vorführungsbefehl gegen den Angeschuldigten erlassen, da man sich zu ihm als einem müßigen Umhertreiber, der seinen Eltern schon vielen Kummer gemacht hatte, der That wohl versehen konnte. Sodann wurden aber auch die benannten Zeugen augenblicklich vorgeladen, und das Ergebniß von deren erster Vernehmung war folgendes:

Zwei Personen behaupteten, auf ein lautes Geschrei in den fraglichen Garten geeilt zu seyn und dort gesehen zu haben, wie Carl Mittler durch einen dritten Zeugen auf der Flucht über die 12 Schuh hohe Mauer hinab in die Weinberge verfolgt worden sey [8]). Sie benannten jedoch zwei weitere Zeugen, nämlich eine 80jährige und eine 26jährige ledige Bürgerstochter aus der Nachbarschaft, welche vor ihnen auf dem Platze der

7) So blieb dieser Mensch, auch nach Vollendung der That, seinem thierischen Charakter getreu.

8) Diese Nachricht war wirklich lebensgefährlich. Erinnert man sich dabei an den früher erzählten Fall, wo Johann Kaiser auf der Flucht mitten im Neckarstrome eingeholt und ergriffen wurde, so kann man sich wohl überzeugen, daß in der Pfalz nach ein lebendiger, ja aufopfernder Rechtssinn anzutreffen ist; wodurch das Geschäft eines Inquirenten sehr erleichtert wird.

Digitized by Google

That waren. Diese beiden würden augenblicklich vorgerufen, und stellten sich als directe Zeugen mit der Aussage dar, daß Mittler gerade auf der Barbara Cranz gelegen habe, wie sie, dem anhaltenden Gewinsel zufolge, sich genähert hätten; ein Messer oder sonstiges Instrument bemerkten sie aber nicht. Die Eine versicherte ausdrücklich, daß die Cranz sich mit allen Kräften gegen Mittler, der sie zu fleischlichen Zwecken mißbrauchen wollte, widersetzt [9]) habe. Erst als sodann ein männlicher Zeuge, nämlich der vorhin erwähnte, dazu kam, versuchte der Thäter zu entkommen, und wurde auch trotz der schleunigsten Nacheile jenen Abend nicht mehr eingeholt.

Es versteht sich, daß alle diese Zeugen, und so auch die Caroline Cranz, beeidigt wurden, wobei sich weiter herausstellte, daß Mittler allerdings beim Durchgehen ein Päckchen mit Kleidungsstücken, deren Werth zu 5 Fl. 7 Kr. gerichtlich geschätzt wurde, von sich geworfen habe, so wie ferner, daß Mittler nach einer Nöthigung von einigen Minuten mit dem männlichen Gliede in die Scheide der Cranz wirklich eingedrungen war.

Die letztere versicherte, daß sie nur aus Schamhaftigkeit diesen Thatumstand Anfangs verheimlicht habe.

Nachdem nun dem Mittler alle Anklagebeweise vorgehalten waren, und er lediglich im Läugnen beharrte [10]), war es die weitere Aufgabe, den von ihm angetretenen Alibibeweis [11]) zu erheben und zu prüfen. Es wurden nicht nur mehrere Bierwirthe, bei denen sich Mittler bis

9) Die sichtbare Gegenwehr und das Hülfegeschrei lassen wohl keinen Zweifel übrig, daß die Cranz keinen Augenblick sich gutwillig ergeben hatte.

10) Dabei wendete er aber nicht das Geringste gegen die Anklägerin ein, weshalb sie ihm also nicht als eine leicht zugängliche Person erschienen seyn kann.

11) Vergl. hierüber Mittermaier, Lehre vom Beweise S. 156.

Digitized by Google

um 9½ Uhr aufgehalten haben wollte, vernommen, sondern auch viele junge Leute, die er als seine Gesellschafter bezeichnete. Die Spur seiner Anwesenheit unter andern Menschen reichte aber überall nur bis um 7 oder längstens 7½ Uhr, und die jungen Leute erzählten sogar, daß sie den Mittler, weil er zuletzt ziemlich betrunken und dabei sehr zudringlich geworden war, von sich gewiesen hätten. Demzufolge gab der Inculpat zu, daß er einen Rausch gehabt, und dadurch das Gedächtniß einigermaßen verloren habe, so wie auch, daß er gegen 8½ Uhr, allein spatzieren gehend, vor das Mannheimer Thor gekommen sey, aber ein Zusammentreffen mit Barbara Cranz stellte er fortwährend in Abrede, und am empfindlichsten kam ihm die Beschuldigung vor, daß er derselben ein Päckchen entrissen habe. Als ihm jedoch die beiden Hauptzeugen, die ihn auf der That ertappt hätten, vorgestellt waren, kam ihm die Sache doch bedenklich vor, und er bediente sich, nachdem dieselben abgetreten waren, der Ausflucht, daß er in Folge eines vor 2 Jahren erlittenen Hufschlags von einem Pferde in die Schamgegend, außer Stand gesetzt worden sey, „in kurzer Zeit einen Beischlaf zu vollziehen“[12]). Allerdings hat Mittler nicht das Ansehen eines kräftigen Menschen, und eine besonders auffallende Abnormität hat er in seinen stark gekrümmten Säbelbeinen, bei deren Anblick man kaum begreifen kann, wie er nach der That so schnell entfliehen konnte. Seine Physiognomie spricht jedoch ganz für den Charakter der Lüsternheit; das Colorit ist bräunlich, die Wangen sind eingefallen, und die Augen stechend und verlangend.

---

12) Er konnte dies nicht näher erläutern, legte aber offenbar den Sinn hinein, daß er keiner schnellen Erection fähig sey.

Digitized by Google

Das Oberamtsphysicat, zu einem Gutachten über den geschlechtlichen Zustand des Inquisiten veranlaßt, äußerte in der Hauptsache Folgendes:

Der Samenstrang des linken Hoden ist in seinen Gefäßen nicht ganz so cohärent, wie man es gewöhnlich findet, was wohl die Folge eines früher erlittenen Schlages seyn kann. Hierdurch ist jedoch gar nichts für eine etwaige Hemmung der erectio membri oder der ejaculatio seminis erwiesen; im Gegentheil ist man wegen Derbheit und Größe der Hoden der Ansicht, daß Mittler in actu veneris den andern Theil vollkommen befriedigen könne [13]).

Auf Vorhalten des ungünstigen Ergebnisses des ganzen Entschuldigungsbeweises [14]) kam Mittler sehr in Verlegenheit, beharrte aber dennoch darauf, daß er zwangsweise kein Mädchen beschlafen könne, und äußerte schließlich darüber:

„ich hätte gewiß nicht so große Schmerzen, wenn ich nicht mit einem Fehler behaftet wäre. Ich muß es selbst am besten wissen, wie ich in dieser Beziehung beschaffen bin."

Endlich räumte er aber doch noch ein, die Barbara Cranz von früher her zu kennen.

Es muß nun noch ein erheblicher Umstand berührt werden.

Bereits bei der ersten Vernehmung hielt der Inquirent die Frage für angemessen, ob die Benöthigte früher

---

13) Henke, Lehrb. der gerichtl. Medicin. Achte Aufl., 1417.

14) Es hat seine Schwierigkeiten, einen ganz rohen Menschen ein ärztliches Gutachten zu verdeutlichen. Die physiologischen Gründe müssen aber alle angegeben werden, indem ja der Arzt möglicherweise bei oberflächlicher Prüfung Etwas übersehen haben könnte.

Digitized by Google

schon mit Männern Umgang gehabt habe [15]), indem es auffiel, wie dieselbe zur Abendzeit ohne Begleitung vor dem Thore einer volkreichen Stadt aus dem Wagen stieg, und überhaupt ein nicht sehr sittsames Benehmen an den Tag legte. Die Franz gab auf diese Frage, zwar etwas verschämt, aber doch aufrichtig an, daß sie bereits zwei uneheliche Kinder gehabt habe, jedoch mit der Bemerkung, daß sie sich jedesmal nur Einem Manne ausschließlich hingegeben habe; sie deutete sogar an, daß ihr letzter Liebhaber ein verwittweter Bürger zu Heidelberg sey, den sie bei der jüngsten Herreise zu besuchen beabsichtigt habe. Es versteht sich, daß hiervon Veranlassung genommen wurde, an die, zwölf Stunden entfernt liegende, Heimathsbehörde das Ersuchen um Mittheilung eines Prädicatszeugnisses dieser Person zu richten. Bald erfolgte die actenmäßig belegte Auskunft, daß dieselbe als eine leichtfertige Person bekannt sey, die, wiewohl als Bauerntochter geboren, jede anhaltende Arbeit scheue, und trotz wiederholter Verbote ihre Heimath, wo sie polizeilich beobachtet werde, immer wieder verlasse. Es ward sogar gebeten, dieselbe nach vollendeter Untersuchung auf dem Schube nach Haus zu liefern. Sie war hiernach allerdings als eine Person charakterisirt, die nicht streng auf ihre Geschlechtsehre hielt, aber dessen ungeachtet konnte sie nicht als eine öffentliche Dirne angesehen werden, und am wenigsten in ihrem Verhältnisse zu dem Angeklagten, mit dem sie früher niemals in nähere Berührung gekommen war. Der Verfasser hielt es nun aber doch für sachdienlich, den Letzteren darüber zu befragen,

15) Gegen diese lediglich auf Muthmaßung gestützte Suggestion wird Nichts einzuwenden seyn, weil sie zum Vortheil des Angeklagten gemacht wurde, und eine unwahre Antwort durchaus nicht zu besorgen war. Vergl. Mittermaier, das deutsche Strafverf. Bd. I. S. 330. Mein Handb. §. 599. Anm. 4.

Digitized by Google

ob er über die Persönlichkeit der Anklägerin irgend Etwas angeben könne, und da er dieses ausdrücklich verneinte, so ließ sich wohl mit Sicherheit schließen, daß er seines Orts bei dem Angriffe auf ihre Geschlechtsehre nicht in dem Bewußtseyn handelte, daß sie anderwärts sich schon bereitwillig hingegeben habe; vielmehr würde er nach der Lage der Umstände auch jede andere, gänzlich makellose Jungfrau in jener Anwandlung von Wollust angegriffen haben [16]).

Ueberhaupt kann der geläuterten Rechtsansicht der Umstand, daß eine benöthigte Frauensperson vorher bereits geschwächt war, nur als Strafmilderungsgrund gelten, nicht aber den Thatbestand des Nothzuchtsverbrechens aufheben. Das Wort: „unverläumdet" in der P. G. O. (Art. 119.) darf heutzutage überhaupt nicht mehr so genommen werden, als ob die Benöthigte eine Solche seyn müßte, die noch niemals in einem vertrauten außerehelichen Liebesverständnisse gestanden habe, da sonst die barbarische Folgerung daraus abfließen würde, daß jedes Mädchen, welches sich einmal mit einem verführerischen Manne vergessen hat, eine sichere Beute für jeden Lustragenden wäre [17]). Nur bei eigentlichen Freudenmädchen kann von einem Ausnahmsfalle die Rede seyn, und auch hier wäre noch zu erörtern, ob eine neue Gesetzgebung nicht ebenfalls das Vorhandenseyn einer Nothzucht sta-

16) Wenn auf die Gesinnung bei der Strafzumessung Rücksicht zu nehmen ist, so dürfte hier der Angeschuldigte kaum auf Nachsicht zu rechnen haben, da er offenbar in der Meinung war, Alles zu thun, was zur Vollbringung einer Nothzucht gehört. — Henke, Lehrb. d. Crim. Rechts I. S. 349.

17) Wächter, Lehrb. des Strafrechts Th. II. S. 17. hält den Versuch einer Nothzucht selbst von einer verläumdeten Person, „sobald sie der Verbrecher für unverläumdet hielt", für gesetzlich möglich. S. dagegen Boehmer ad Carpzov. qu. 75. obs. 1. und Medit. ad art. 119. §. 1.

Digitized by Google

statuiren und blos in dem Strafgrade einen Unterschied annehmen sollte [18]).

Anders war die Ansicht des Großh. badischen Hofgerichts zu Mannheim, indem es unterm 10. Mai 1836 zu Recht erkannte:

daß Carl Mittler der mit Barbara Cranz unter erschwerenden Umständen verübten Unzucht [19]) für schuldig zu erklären, daher zu einer gemeinen Gefängnißstrafe von 4 Wochen, zum Ersatze des der Cranz zugefügten erweislichen Schadens und zur Tragung der Untersuchungskosten, so wie jener der Erstehung der Strafe, zu verurtheilen sey.

Da der Condemnat, welcher bis zum Eintreffen dieses Urtheils im Sicherheitsverhafte geblieben war, auf den Recurs verzichtete, so wurde die Strafe sofort vollzogen.

Es muß aber noch erwähnt werden, was das Hofgericht dem Oberamte in dem das Urtheil begleitenden Rescripte weiter zu erkennen gab, nämlich:

daß rücksichtlich des Raubes oder der Entwendung der der Barbara Cranz gehörigen Effecten die Untersuchung wegen Mangels des objectiven (?) [20]) Thatbestandes auf sich zu beruhen habe.

---

18) v. Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 240.

19) Waren auch viele Strafminderungsgründe vorhanden, so hätte doch wohl dem Verbrechen nicht ein polizeilicher Charakter beigelegt werden sollen. Vergl. Heffter, Lehrb. des Criminalrechts §. 295.

20) Wie verwirrend diese Terminologie ist, läßt sich hier deutlich wieder nachweisen. Objectiv war ja „die mit Gewalt gegen die Person verübte Wegnahme eines fremden Gutes" erwiesen; mithin wäre buchstäblich genommen auch der objective Thatbestand des Raubes hergestellt: aber man kann sich überhaupt keinen Thatbestand ohne ein handelndes Subject denken, und von dieser Seite muß auch hier, ehe überhaupt nur von einem Verbrechen die Rede ist, die gewinn-

Digitized by Google

Auch dieses scheint nicht ganz richtig, da es doch erwiesen war, daß Mittler den erwähnten Pack mit Kleidungsstücken bei der Entweichung vom Platze der Nothzucht mitgenommen, und dann erst als er sich von Männern verfolgt sah, wieder fallen ließ. Ein Verdacht des Raubversuches wird hier jedenfalls begründet erscheinen, da die widerrechtliche und nach vorausgegangener Gewalt auf die Person geschehene Ergreifung eben so wohl als die Ablation erwiesen ist. Nur die gewinnsüchtige Absicht könnte in Zweifel gestellt werden, da der Thäter möglicherweise dadurch nur bezwecken wollte, daß die Benöthigte ihm nochmals nachfolgen möge, damit er seine Lüste vollends befriedigen könne. Es wäre daher in dieser Beziehung vielmehr eine Lossprechung von der Instanz am Platze gewesen.

---

süchtige Absicht außer Zweifel stehen; es mangelt also nicht am objectiven Thatbestand, sondern am Thatbestand überhaupt. — Abegg, Lehrb. der Strafrechtswissenschaft S. 104.

Halle,
gedruckt in der Gebauerschen Buchdruckerei.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google